



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS
PÚBLICOS DE NAVARRA**

Yanguas y Miranda, 27 -1º
31003 PAMPLONA
Tfnos. 848 42 29 73
Fax 848 42 29 78
E-mail:
tribunal.contratos@navarra.es

Expte: 29/2017

ACUERDO 54/2017, de 13 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don J.R.S., en nombre y representación de la empresa “VITEL, S.A.” frente al Acuerdo de la Mesa del Parlamento de Navarra de 26 de abril de 2017, por el que se adjudica el contrato de los trabajos de renovación del sistema de votaciones, audio y vídeo del edificio sede del Parlamento de Navarra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 1 de febrero de 2017 el Parlamento de Navarra remitió a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea el anuncio de licitación del contrato para la renovación del sistema de votaciones, audio y video de la sede del Parlamento de Navarra, que fue publicado en el número S-25 del día 4 de febrero de 2017 en el Diario Oficial de la Unión Europea y ese mismo día 1 de febrero de 2017 en el Portal de Contratación de Navarra.

SEGUNDO.- El día 8 de mayo de 2017, según consta en el expediente electrónico generado por la aplicación web internet del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de reclamaciones, el usuario VITEL, S.A, CIF= xxxxxxxxx, realizó un total de 17 interacciones con el sistema de control de acceso y representación entre las 23:25 horas y las 23:38 horas, sin que lograse presentar la reclamación en materia de contratación pública.

Según los servicios técnicos encargados del mantenimiento de la aplicación el sistema funcionó a la perfección en ese lapso de tiempo entendiéndose que ello se debió a “... *un problema técnico de configuración de la máquina del usuario (navegador de Internet, Java, vista de compatibilidad...)*, ya que dependiendo de los navegadores de Internet utilizados por los usuarios y de sus versiones, en determinados casos es necesario realizar diferentes acciones

por parte del usuario sobre su navegador de Internet para que el canal de envío seguro, utilizado por la aplicación web de Presentación de reclamaciones funcione correctamente.”

No obstante dicha información, consta en el expediente electrónico que el día 8 de mayo de 2017 don J.R.S., en nombre y representación de la mercantil “VITEL, S.A”, interpone reclamación en materia de contratación pública contra la adjudicación del citado contrato, que suscita un incumplimiento por parte de la adjudicataria del contrato de dos requerimientos técnicos exigidos en el PPTP bajo sanción de exclusión de la licitación de la oferta incumplidora, además de un error en la valoración técnica de las ofertas.

Asimismo, se alega la falta de acreditación por parte de las empresas adjudicatarias de la solvencia técnica o profesional requerida que debería haber determinado su inadmisión a la licitación

TERCERO.- El día 16 de junio de 2017 la Secretaría del Tribunal requiere al Parlamento de Navarra la remisión del expediente y el 20 de junio de 2017 la entidad contratante aporta la documentación de contrato y presenta sus alegaciones frente a la reclamación, señalando, en esencia, que no existe tal incumplimiento por cuanto al tratarse de un contrato modalidad “llave en mano” cualquier omisión de elementos o actividades deberán ser subsanados de tal modo que los productos adquiridos funcionen adecuadamente, tal como se explicita en el apartado 1º de las prescripciones técnicas.

CUARTO.- Con fecha 12 de julio de 2017 la Secretaría asigna la ponencia del Acuerdo al Tribunal y con fecha 14 de julio solicita alegaciones de las entidades interesadas en la reclamación, trámite de audiencia que es cumplimentado el día 18 de julio de 2017 por las empresas “TELESONIC, S.AU.” y “OSTIZ AUDIOVISUALES, S.L.”, licitadores en participación conjunta que resultaron adjudicatarios del contrato, en el sentido de entender que la misma no incurre en ningún tipo de incumplimiento de las prescripciones técnicas, partiendo de que su propuesta es una solución “LLAVE EN MANO”, ni tampoco respecto de la solvencia técnica requerida, que entienden plenamente acreditada.

QUINTO.- Mediante Acuerdo 46/2017, de 21 de julio, el Tribunal pone en conocimiento de los interesados la existencia de posibles causas de nulidad de pleno derecho, advertidas de oficio en los pliegos del contrato para la renovación del sistema de votaciones,

audio y video de la sede del Parlamento de Navarra, otorgando un plazo de tres días naturales para presentar alegaciones.

SSEXTO.- Con fecha 27 de julio de 2017 “VITEL, S.A.” presenta sus alegaciones señalando que la cuestión es la interpretación que realiza el Parlamento de Navarra del concepto “llave en mano” para intentar justificar la evidente infracción de los principios de transparencia e igualdad de trato en la valoración de las ofertas, al utilizar ese concepto como un cajón de sastre para subsanar, completar y en definitiva validar una oferta incompleta que no cumplía los requisitos técnicos y de solvencia mínimos, ya que con la interpretación de entidad adjudicadora sería posible presentar una oferta prácticamente “en blanco” para ir completándola en la ejecución con la dinámica “error/prueba”.

Señala que al presentar la reclamación no impugnó los pliegos al entender que había precluido la posibilidad de impugnación. No obstante no pretende que se validen las cláusulas viciadas de nulidad pero considera que puede salvarse el procedimiento de licitación en aras de un principio de buena fe y lealtad de los licitadores presentados.

Respecto a la falta de precisión de las especificaciones técnicas obligatorias entiende que sí se recogen en los pliegos. El problema surge cuando la adjudicataria los incumple y se pretende subsanarlo señalando que se trata de un contrato “llave en mano”.

Respecto a la posible limitación de la competencia, restricción de información y falta de transparencia considera que ha precluido el momento de impugnarlos.

SÉPTIMO.- Con fecha 27 de julio de 2017 el Parlamento de Navarra presenta las siguientes alegaciones sobre la posible nulidad que se exponen en síntesis:

a) Que el Acuerdo 46/2017, de 21 de julio, de este Tribunal guarda absoluto silencio sobre la presentación en tiempo y forma de la reclamación, que es uno de los requisitos fundamentales para la admisión de la reclamación. Señala que la reclamación fue remitida por correo electrónico al buzón del Tribunal *“lo que suscitó dudas al Tribunal sobre el correcto funcionamiento de la aplicación informática, que los servicios informáticos del Gobierno de Navarra analizaron, llegando a la conclusión de que en la fecha en que Vitel, S.A. intentó acceder a la plataforma electrónica de interposición de reclamaciones, los sistemas que soportan la aplicación web del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de*

Reclamaciones, funcionaban correctamente.” En consecuencia concurre la causa de inadmisión del artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), de presentación fuera del cauce telemático establecido en la Ley Foral o en su normativa de desarrollo.

b) Que el planteamiento de las causas de nulidad del Acuerdo 46/2017, de 21 de julio, de este Tribunal está escasamente motivado porque la concurrencia de las causas de nulidad, dada su gravedad y por ser constitutivas de nulidad absoluta, obligan a un mayor esfuerzo argumentativo, máxime cuando se aprecian de oficio sin alegación de parte, incurriendo en un exceso de voluntarismo.

c) Frente a lo que señala el Tribunal en su acuerdo en los pliegos se determina que las especificaciones y requisitos técnicos mínimos son de obligado cumplimiento. Lo que se ha dejado abierto es la posibilidad de desarrollar una solución de diseño, suministro, instalación, integración y puesta en funcionamiento de los sistemas de audio, video, conferencias, votaciones y difusión de resultados e información y que todo ello se ajuste a las especificaciones y requisitos técnicos señalados en los pliegos.

d) Que el contrato se ha calificado correctamente como de suministro y asistencia. Evidentemente se trata de un contrato con prestaciones diversas por lo que revestiría el carácter de contrato mixto, por lo que resultaría de aplicación el artículo 5 LFCP, a cuyo tenor, a los efectos de las normas de publicidad y adjudicación se considerará como principal la prestación de mayor importe económico –que en este caso es la adquisición de los equipos- y en cuanto a su régimen jurídico se determinará en las condiciones reguladoras del contrato. La calificación del contrato nada tiene que ver con la modalidad de la contratación “llave en mano”, que se justifica en este caso por la complejidad de la instalación y puesta en marcha del nuevo sistema. Por otro lado no se comprende qué relevancia o consecuencias se extraen del Acuerdo del Tribunal respecto a limitación del libre acceso a la licitación y al principio de concurrencia.

e) Que se ha optado por un contrato “llave en mano” al tratarse de un proyecto complejo que comprende el suministro, instalación y puesta en marcha, abarcando sistemas de diferente funcionalidad técnica que deben integrarse en una unidad funcional, y que además debe reutilizar parte del equipamiento ya instalado e integrarlo en una solución global siendo sistemas que se utilizan en varios espacios de trabajo que deben comunicarse entre ellos y funcionar como un único sistema global. Esta opción por esta modalidad de contrato se diseña

en el marco del artículo 30 LFCP y con pleno respeto a los principios del artículo 21 LFCP, para que el adjudicatario garantice la plena funcionalidad y operatividad.

Por otra parte se trata de un proyecto abierto, por cuanto para garantizar la libre concurrencia y competencia del mercado y evitar la vulneración de los principios de transparencia e igualdad y no discriminación se permite la presentación de propuestas alternativas que según el punto 3.1 PPT *“Todas ellas serán tomadas en consideración, siempre que:*

- *No se aparten substancialmente del concepto global de diseño, de las funcionalidades especificadas y operación del sistema, según se describen en este documento.*
- *Sean equivalentes o superiores en prestaciones y calidad a los referenciados en el proyecto, o aporten alguna ventaja funcional importante.*
- *Queden suficientemente justificadas desde el punto de vista técnico.*
- *No supongan un incremento en el coste global del sistema.”*

f) Frente a la opinión expresada por el Tribunal en su Acuerdo 46/2017, de 21 de julio, de que los trabajos tienen una complejidad “baja o media” y alberga dudas sobre la justificación de la “llave en mano”, por cuanto puede suponer una limitación al libre acceso a la licitación y al principio de concurrencia en cuanto que veta la posibilidad de que posibles diseñadores de sistemas como el del objeto de la licitación puedan licitar al carecer de capacitación para realizar la instalación o el mantenimiento o el servicio post-venta, considera que el contrato es muy complejo y que exigir una menor solvencia o capacitación técnica introduciría riesgos innecesarios en la viabilidad técnica de la futura instalación y posibles perjuicios económicos para reparar las posibles deficiencias que se generarían.

g) Frente a la consideración del Tribunal de que se fijan los requisitos técnicos por referencia a marcas comerciales y modelos a los que se añade el término equivalente, sin que se señalen cuales son las funcionalidades equivalentes, aduce que el Pliego de Mediciones establece para cada uno de los elementos las especificaciones técnicas que debe cumplir y de conformidad con el art. 47.2 LFCP se añadió el término equivalente estableciendo el punto 3.1 del PPTP que las referencias no eran excluyentes.

Por otra parte, expone la entidad contratante que le sorprende la apreciación del Tribunal de indefinición de las funcionalidades exigidas, por cuanto el punto 4 del PPTP detalla

a lo largo de 54 páginas todas las funcionalidades, sin que ningún licitador manifestara duda alguna en este tema.

h) Frente a la apreciación del Tribunal de que la participación de los licitadores queda restringida por la presencia de las visitas organizadas, considera que el art. 27 LFCP no se infringe por cuanto no se impide el derecho a que se contesten las aclaraciones que solicitan los licitadores.

i) En cuanto a la apreciación del Tribunal de que los criterios son excesivamente abiertos o indefinidos y que quedan abiertos con la referencia etcétera, considera que se encuentran perfectamente descritos y que ni el Servicio Jurídico del Parlamento, ni el Servicio de Intervención, ni los licitadores, ni la Mesa de Contratación, ni la Mesa de la Cámara los han considerado así. Lo mismo cabe decir sobre la referencia “etcétera” en algunos subapartados, que solo puede interpretarse que la enumeración es indicativa y que se admiten otros criterios semejantes, lógicamente dentro de los principios de equidad y transparencia.

En cuanto a la apreciación de que se valoren los prestigios de las marcas y que esto constituya un criterio de adjudicación ilegal, debe señalarse que se trata de una referencia que hace uno de los 6 subapartados del a su vez subapartado “Calidad de los equipos, sistemas instalados y diseño de la solución”, hasta tal punto que ni siquiera ha sido tomado en consideración por la Mesa de Contratación.

En consecuencia solicita que se desestime la declaración de nulidad de los pliegos y conforme a las alegaciones formuladas con fecha 20 de junio de 2017 se inadmita o subsidiariamente se desestime la reclamación.

OCTAVO.- Con fecha 27 de julio de 2017 “TELESONIC, S.A.” presenta sus alegaciones al Acuerdo 46/2017, de 21 de julio, de este Tribunal, en las que manifiesta que ninguno de los interesados, en particular “VITEL, S.A.”, ni recurrieron ni impugnaron los pliegos en el momento de su publicación, aceptando de esta forma la validez y conformidad a Derecho de ellos, por lo que se trata de unos pliegos firmes y consentidos.

Por otro lado la reclamación se ha interpuesto de forma extemporánea y por un conducto no hábil jurídicamente que intenta justificarse en la imposibilidad de interponerlo a través de la plataforma digital sin que le conste que exista prueba de tal circunstancia.

En consecuencia solicita que se revoque el Acuerdo 46/2017, de 21 de julio, de este Tribunal y se desestime la reclamación interpuesta por “VITEL, S.A.”.

NOVENO.- Con fecha 28 de julio de 2017, “BIENVENIDO GIL, S.L.” presenta un escrito en el que manifiesta su plena conformidad con los planteamientos formulados por el Tribunal en el Acuerdo 46/2017, de 21 de julio, por lo que solicita se dicte resolución en la que se declare la nulidad de pleno de los pliegos, del expediente de contratación y de todas las actuaciones llevadas a cabo en dicho expediente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Parlamento de Navarra es un poder adjudicador de los previstos en el artículo 2.1.a) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP) siendo susceptibles de impugnación las decisiones que adopte en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, en virtud de lo establecido en la Disposición Adicional 13ª LFCP.

SEGUNDO.- La mercantil “VITEL, S.A”, como empresa que participa en el procedimiento de licitación se encuentra legitimada para presentar una reclamación en materia de contratación pública respecto a aquellas decisiones adoptadas en el seno de dicho procedimiento que le perjudiquen.

TERCERO.- Con carácter previo a la resolución de las cuestiones de forma y fondo planteadas en el escrito de interposición de la reclamación, al objeto de fijar los términos del debate, procede realizar un breve análisis de la naturaleza jurídica de la reclamación ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra y su competencia para resolver las cuestiones que van a conformar el objeto de esta litis.

La reclamación ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos es un recurso especial en materia de contratación pública que se constituye en instrumento eficaz para hacer frente a las irregularidades producidas en los procedimientos de contratación en caso de infracción del derecho comunitario o de las normas que transpongan dicho derecho, conforme al sistema diseñado por las Directivas europeas de recursos 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989 y 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, modificadas por la Directiva

2007/66/CE, de 11 de diciembre, de mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

El nuevo sistema diseñado por la Directiva 2007/66/CE tiene como finalidad el control y corrección de posibles incumplimientos de la normativa comunitaria en materia de contratación pública, obligando a los Estados a establecer un régimen especial de recurso en materia de contratación pública rápido y eficaz que impida la celebración del contrato y el comienzo de su ejecución, hasta que se produzca su resolución expresa, para garantizar a los licitadores una tutela más eficaz.

La tutela que persigue dicho recurso especial, tutela resarcitoria, implica necesariamente, que este recurso especial deba ser interpretado, en el sentido señalado por la STJUE de 6 de octubre de 2015, C- 61/14, a la luz de los derechos fundamentales recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en particular del derecho a la tutela judicial efectiva regulado en su artículo 47, exigiéndose que exista normativamente un cauce procesal que asegure los principios de equivalencia y de efectividad, de modo que esa ordenación procesal permita la adopción de medidas cautelares que garanticen la efectividad de los derechos que emanan a favor del justiciables del ordenamiento de la Unión hasta que el órgano competente se pronuncie sobre la conformidad con ella de la regulación nacional, lo que viene a significar que este recurso especial tiene fundamento europeo y deba, en consecuencia, interpretarse conforme a la jurisprudencia del TJUE.

El principio de equivalencia implica que la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna, mientras que el principio de efectividad del derecho comunitario exige que la regulación procesal no pueda estar articulada de tal manera que haga imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario. (En este sentido se manifiestan, entre otras, las sentencias Preston e.a y Fletcher y otros, de 16 de mayo de 2000, C-78/98).

La especialidad del recurso especial implica una "especialidad" en plazos y tramitación, pues se exigen plazos de tramitación muy breves que puede ser de carácter preclusivo siempre que los plazos de interposición regulados por el Estado sean suficientemente razonables y no hagan excesivamente difícil la acción del licitador que, conforme a la STJUE de 12 de marzo de

2015 (C-538/13) "(...) *deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato*"

Pero la principal característica de este recurso especial es su diseño desde parámetros de una verdadera eficacia procedimental, que se traduce en la suspensión de la adjudicación, cuando su objeto sea la adjudicación del contrato, que no podrá formalizarse hasta que no exista resolución expresa - el denominado efecto útil del recurso -, previéndose para los demás supuestos una tutela cautelar, por lo que el sistema configurado no permite la aplicación de los recursos ordinarios que regula el derecho interno de cada estado en cuestión para fiscalizar el resto de la actividad administrativa.

La competencia para resolver estos recursos administrativos especiales ha sido residenciada en unos nuevos órganos de carácter independiente a los que se reconoce facultades de plena jurisdicción que incluye la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre retroacción de actuaciones.

Por tanto, nuestro Tribunal, al igual que el resto de Tribunales de Recursos Contractuales regulados en España, obedece a un diseño de justicia administrativa especial fundado en un control que se asienta sobre el principio de tutela efectiva y, especialmente, de buena administración, permitiendo modular la presunción de acierto de los contratos públicos

Por ello, la función atribuida a estos órganos especiales, también al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, a través de la resolución de las reclamaciones que conoce, es no sólo la reparación de las situaciones ilegales, gozando para ello de fuerza ejecutiva sus resoluciones, sino que desempeña también una labor doctrinal que ha de servir de

pauta a todos los participantes activos en los procedimientos de contratación, tanto entidades contratantes como empresas y otros licitadores.

Además, resulta decisivo conocer que, a pesar de tratarse de un órgano de naturaleza administrativa, tiene carácter cuasijurisdiccional a los efectos del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, singularidad localizada exclusivamente en el ámbito de la contratación pública, como señaló la sentencia dictada por el TJUE (Gran Sala) en la reciente sentencia de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, a la luz de los requisitos que cumple: el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas y su independencia.

Por tanto, este Tribunal ejerce sus funciones con independencia funcional, que ha de traducirse en la ausencia de todo tipo de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia en el enjuiciamiento por sus miembros de los litigios que se les sometan, y con total respeto de la objetividad y de la imparcialidad frente a las partes en litigio y a sus respectivos intereses en relación con el objeto del litigio, siendo sus miembros inamovibles y no pudiendo ser cesados más que por alguna de las causas expresamente señaladas legalmente.

El carácter obligatorio de su jurisdicción significa que, aún teniendo su competencia carácter potestativo, en la medida que quien interpone una reclamación en materia de contratación puede optar entre el recurso especial y el recurso contencioso-administrativo, previa interposición del recurso administrativo ordinario que agote la vía administrativa, sus resoluciones son vinculantes para las partes y plenamente ejecutivas, de modo que tienen los mismos efectos que las resoluciones adoptadas por una instancia contenciosa-administrativa de primera instancia, aunque luego se presente un recurso ante un órgano jurisdiccional contencioso-administrativo superior correspondiente, generando una importante doctrina administrativa que ayuda a la interpretación jurídica y a corregir y modificar aquellas actuaciones que revelan mala praxis o ineficiencias .

De hecho, la relevancia de su actuación se ha puesto de manifiesto en la descongestión de la jurisdicción contencioso administrativa en el ámbito de la contratación pública que la actuación de los mismos ha supuesto, pues en la práctica funcionan como una primera instancia

del orden contencioso-administrativo, por lo que la tarea de velar por el respeto al derecho de la Unión incumbe en primer término a este Tribunal.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra se regula por la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, siendo creado por el artículo 38 de la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, que añade un nuevo artículo 208 bis a la LFCP, como un órgano de naturaleza permanente pero de carácter no exclusivo, en la medida que sus miembros deben compatibilizar su labor en este órgano con las funciones inherentes a su puesto de trabajo en la correspondiente Administración Pública en la que prestan servicios, sin sede propia ni medios personales ni materiales ni un presupuesto que pueda gestionar, más allá del apoyo externo que pueda recibir de la unidad administrativa de apoyo a la Junta de Contratación Pública de Navarra a la que el artículo 208.7 encomienda la prestación de apoyo técnico y administrativo en el ejercicio de su actividad, ejerciendo la Secretaría de la Junta las funciones de Secretaría del Tribunal.

A pesar de lo señalado, la reclamación objeto de conocimiento por nuestro Tribunal se ajusta de un modo pleno a las exigencias de efecto útil que las Directivas de Recursos exigen al regular un recurso especial no sujeto a cuantía alguna, ágil y rápido, configurado sobre plazos de tramitación muy breves que resulta posible a través del empleo de medios exclusivamente telemáticos, con exclusión de cualquier otra vía alternativa de presentación, porque prescinde de toda suerte de registro físico y no está tampoco conectado al Registro electrónico general.

Así, la reclamación ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra está sometida a un plazo de interposición de diez días naturales, frente a los quince días hábiles regulados para la interposición de los recursos especiales ante el resto de órganos de recursos contractuales, y un plazo de resolución de veinte días hábiles, a contar desde la interposición de la reclamación, con independencia de la cuantía de la reclamación, su complejidad, el número de interesados, las incidencias procedimentales como la solicitud de medidas cautelares o la solicitud y, en su caso, otras actuaciones a sustanciar en el seno del procedimiento de reclamación, circunstancias que, como no puede ser de otro modo, inciden de manera directa en el plazo de resolución de la reclamación, tal y como, según expondremos más adelante, ha sucedido en el caso que nos ocupa.

En el marco jurídico expuesto, este Tribunal ostenta plena competencia decisoria para conocer y resolver la reclamación objeto de examen en cuanto tiene por objeto el control de la

legalidad de una decisión emitida por una entidad incluida en el ámbito subjetivo de aplicación del artículo 2.1 de la LFCP, y de conformidad con su Disposición Adicional Decimotercera, toda vez que no se trata de fiscalizar ninguna actuación del Parlamento de Navarra realizada en el ejercicio de sus funciones de representación política de los intereses de la ciudadanía navarra, sino de aplicar un mecanismo de tutela de la integridad de la actividad de compra pública realizada por un poder adjudicador sometido al Derecho de la Unión; competencia que permite a este Tribunal el dictado de un pronunciamiento, que se denomina Acuerdo, sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, pliegos o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación.

CUARTO.- La aplicación de los supuestos de inadmisibilidad de la reclamación constituye una cuestión de orden público para la adecuada ordenación del procedimiento y la garantía de seguridad jurídica, y por tanto apreciable de oficio por este Tribunal, con independencia de que alguno de ellos haya sido invocado o no por alguna de la entidad reclamante o por licitadores interesados en el procedimiento.

Las causas de inadmisión de la reclamación ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra en materia de contratación pública se regulan en el artículo 212.3 LFCP, bajo la rúbrica "*Resolución de la reclamación*", según redacción introducida por Ley Foral 14/2014, de 18 de junio, que vino a modificar el texto vigente de la LFCP desde la Ley Foral 3/2003, de 25 de febrero, suprimiendo el trámite específico de admisión de la reclamación a través del cuál el Tribunal debía resolver sobre la admisión a trámite de la reclamación una vez presentada y, en su caso, completada, de modo que sólo en el caso de que fuera admitida, procedía su notificación a la entidad contratante y el requerimiento del expediente de contratación, trámite que venía regulado en el artículo 212 LFCP bajo la rúbrica "*Tramitación de la reclamación*", en el que también se incluía la regulación de las causas de inadmisión.

Por tanto, como consecuencia de la voluntad del legislador foral, no existe actualmente un trámite previo de admisibilidad de la reclamación interpuesta ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, órgano que por imperativo legal se ve abocado a controlar la concurrencia de los requisitos procedimentales que permiten adoptar una decisión sobre el fondo en el acuerdo que decide sobre la misma, si bien con carácter previo a ésta, de manera que en el supuesto de apreciación de alguno de que los supuestos de inadmisión, el acuerdo del

Tribunal debe conllevar una declaración de inadmisibilidad que veda todo posible pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Siendo así, el momento procedimental oportuno para que este Tribunal pueda pronunciarse sobre la admisión o inadmisión de la reclamación planteada por la mercantil "VITEL, S.A." es este Acuerdo y no en ningún otro trámite procedimental anterior, lo que excluye toda posibilidad legal de resolver sobre la admisión de una reclamación en el denominado "incidente de nulidad" regulado en el artículo 213.2 LFCP, conforme al cual este Tribunal puede advertir a las partes de la existencia de causas de nulidad aún sin alegación previa, siendo otra muestra de ello que el mismo precepto regula las causas de inadmisión en el número 3 del precepto tras el mismo.

Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, el planteamiento por este Tribunal, mediante la adopción de un Acuerdo adoptado con fecha 21 de julio de 2017 por la unanimidad de sus miembros, de la existencia de causas de nulidad no alegadas en la reclamación no podría desembocar sino en la propia admisión de la reclamación interpuesta, toda vez que ningún sentido tendría la tramitación del referido incidente si las resolución de las cuestiones de fondo, las inicialmente planteadas en la reclamación más las adicionadas en la referida cuestión, fuera a quedar vedado en el Acuerdo que ponga fin al procedimiento de reclamación por la previa apreciación de una cuestión de inadmisibilidad que impide entrar a resolver sobre las mismas.

Resultando aclarado, por tanto, el iter procedimental conforme al cuál debe ser encauzado el procedimiento de reclamación ante este Tribunal, procede analizar si en el caso que nos ocupa concurren todos los requisitos procedimentales exigidos para poder concluir si la reclamación presentada por la mercantil "VITEL, S.A." resulta admisible a los efectos de proceder a examinar la cuestión de fondo; operación jurídica de la que en ningún caso puede sustraerse este Tribunal a pesar de que ni la entidad contratante ni la empresa adjudicataria hayan invocado en el trámite procedimental oportuno, esto es en sus correspondientes informes de alegaciones realizados a la vista del expediente, la concurrencia de causa alguna de inadmisión de la reclamación, procediéndose en ambos casos a solicitarse directamente su desestimación, y sin que dicha constatación pueda ser matizada en modo alguno por las consideraciones introducidas exnovo y de modo intempestivo y coincidente, con ocasión del trámite de audiencia concedido al sólo y único efecto de formular las alegaciones que tuvieran por conveniente sobre las posibles causas de nulidad advertidas por el Tribunal.

En el presente caso, resulta del expediente, según certificado emitido por el Director del Servicio de Sistemas de la Información Corporativos de la Dirección General de Informática, Telecomunicaciones e Innovación Pública del Departamento de Presidencia, Justicia e Interior y Justicia del Gobierno de Navarra, que la aplicación web internet del Portal de Contratación de Navarra pudo detectar que la reclamante VITEL, S.A. inició la presentación telemática de su reclamación a las 23:25 horas del día 8 de mayo de 2017 y permaneció activo y de forma ininterrumpida hasta las 23:38 horas, detectándose un total de 17 interacciones con el sistema de control de acceso y representación.

Asimismo, se hace constar "*Que el problema para realizar la presentación de la reclamación por parte del usuario VITEL, S.A. el día 8/5/2017 a través de la aplicación web internet del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de reclamaciones, cuya dirección es <https://hacienda.navarra.es/reclamaciones/mtoreclamaciones.aspx> encajaría en un problema técnico de configuración de la máquina del usuario (navegador de Internet, Java, vista de compatibilidad...), ya que dependiendo de los navegadores de Internet utilizados por los usuarios y de sus versiones, en determinados casos es necesario realizar diferentes acciones por parte del usuario sobre su navegador de Internet para que el canal de envío seguro, utilizado por la aplicación web de Presentación de reclamaciones funcione correctamente.*

En resumen, los sistemas que soportan la aplicación web del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de Reclamaciones han funcionado correctamente en el periodo comprendido entre las 23:25 horas y las 23:38 horas del día 7/4/2017, habiendo de tenerse en cuenta, en todo caso, que los sistemas telemáticos se ofrecen utilizando diversos componentes tecnológicos y en ocasiones, en función de los navegadores que esté utilizando el usuario y de sus versiones, puede requerir realizar determinadas configuraciones que pueden implicar cierta complejidad y, al respecto, se ha comprobado que el usuario (reclamante) estuvo intentando realizar el trámite administrativo de forma ininterrumpida, durante el periodo de tiempo citado".

Es decir, los servicios informáticos del Gobierno de Navarra que se ocupan del soporte técnico del Portal de Contratación de Navarra identificaron, a través de representante acreditado, a la entidad "VITEL" como usuario del Portal de Contratación de Navarra el día 8 de mayo de 2017, esto es, el día de vencimiento del plazo señalado por el artículo 210.3 LFCP para la interposición de la reclamación, y, además, constatando, asimismo, que dicha entidad intentó acceder a la aplicación de internet para la presentación telemática de reclamaciones ante el

Tribunal Administrativo de Contratos de Navarra con un total de 17 intentos que no tuvieron éxito.

Por otra parte, resulta también que el reclamante procedió el mismo día a enviar su reclamación a la dirección de correo electrónico tribunalcontratos@cfnavarra.es, canal de comunicación con la Secretaría del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra indicando la remisión de la reclamación por absoluta imposibilidad técnica de presentación en el Portal de Contratación de Navarra, circunstancia plenamente aceptado por la entidad reclamante cuando demanda la inadmisión de la reclamación en su informe de 27 de julio.

Por tanto, a la vista de la forma y de las circunstancias de la presentación de la reclamación objeto de examen, se impone resolver si la vía alternativa de presentación de la reclamación, en el buzón de correo electrónico de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, y los 17 intentos infructuosos de acceso a la aplicación telemática del Portal de Contratación de Navarra, permite tener por cumplidos los requisitos formales de presentación exigidos en el artículo 212.1 LFCP, presentación telemática en el Portal de Contratación de Navarra en el plazo señalado en el artículo 210.2.

A este respecto, procede señalar que este Tribunal ha dictado distintos acuerdos inadmitiendo reclamaciones presentadas por falta de presentación telemática, ya sea por presentación en papel o presentación en registro electrónico, esto es, fuera de la vía telemática de presentación. Por todos, los Acuerdos 3/2014, de 14 de febrero; 31 /2015, de 27 de mayo y 72/2015, de 30 de diciembre, en los que se pone de manifiesto que "*De acuerdo con lo señalado en el artículo 212.1 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), el medio válido para la interposición de la reclamación en materia de contratación pública ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra es el cauce electrónico establecido en el Portal de Contratación de Navarra. En el citado artículo se fija un cauce especial regulado con carácter preceptivo para la tramitación de las reclamaciones, sin que en ningún caso puedan considerarse como una vía alternativa los registros alternativos que sirven de cauce de entrada de documentación para la tramitación en otros procedimientos de impugnación ordinarios. En coherencia con ello, la LFCP establece como causa de inadmisión de la reclamación (artículo 213.3 f) la presentación de la misma fuera del cauce telemático establecido en esta Ley Foral.*

La pretensión de la LFCP es diseñar un procedimiento ágil de recurso frente a las decisiones de los poderes adjudicadores. Para ello, el legislador navarro ha optado por

emplear como instrumento la tramitación enteramente telemática del procedimiento a través del Portal de Contratación de Navarra, no como un derecho, sino como una obligación de los intervinientes en el mismo. Por ello, no cabe admitir opciones sobre la forma de presentación, salvo cuando se acredite que ha existido un error técnico".

Por tanto, siendo que la reclamación ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, con el fin de garantizar un procedimiento ágil y rápido, está diseñada normativamente como un procedimiento de tramitación exclusivamente telemático, en el que la única forma de iniciarlo es su presentación electrónica en el Portal de Contratación de Navarra, cualquier otra forma de presentación alternativa, ya sea en papel en cualquiera de los Registros o mismo en cualquier Registro electrónico constituye causa de inadmisión de la reclamación.

Sin embargo, las circunstancias concurrentes apreciadas en el caso de autos no se ajustan a los parámetros presentes en las reclamaciones resueltas a través de los citados acuerdos porque no nos encontramos ante un supuesto en el que la empresa reclamante haya presentado la reclamación en papel ni en un Registro electrónico alternativo al establecido en el Portal de Contratación de Navarra para la presentación de reclamaciones ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, lo que debe determinar la inaplicabilidad de la doctrina resultante de los mismos a este supuesto.

El Tribunal Central de Recursos Contractuales también ha abordado esta cuestión en diferentes resoluciones, entre otras Resoluciones 411/2016, de 27 de mayo; 451/2016, de 10 junio; 656/2016, de 19 de agosto y 669/2016, de 2 de septiembre, decidiendo sobre la inadmisibilidad o no del recurso especial en materia de contratación pública en función de si su presentación fuera de la vía electrónica establecida se debe o no a una imposibilidad de acceso justificada, lo que permite construir una doctrina que determina que la presentación de un recurso especial fuera del formulario electrónico establecido no constituye causa de inadmisión si se justifica la imposibilidad de presentación.

En este sentido, la Resolución 451/2016, de 10 de junio, señala que "*De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 38 "Tramitación electrónica del recurso, reclamación o cuestión de nulidad" del RPERMC, así como en la Disposición Transitoria Segunda "Tramitación electrónica" del mismo Reglamento, el único medio válido para la interposición del recurso especial en materia de contratación, tratándose como es el caso de una persona jurídica y cuando el recurso se presente en el registro del órgano competente para su resolución o en otro*

registro distinto al del órgano de contratación y dirigido a este Tribunal, es la vía electrónica, concretamente a través del formulario electrónico general previsto en el artículo 11 de la Orden HAP/547/2013, de 2 de abril, por la que se crea y se regula el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Se trata, por tanto, un cauce especial establecido con carácter preceptivo para la tramitación del recurso especial en materia de contratación.

Así, ya en nuestra Resolución 411/2016 de 27 de mayo, para un supuesto análogo al aquí examinado, con cita y transcripción de la normativa aplicable en materia de uso de medios electrónicos (a la que nos remitimos), dijimos que “La conformidad a la Ley tanto del establecimiento reglamentario de la obligación de relacionarse por medios electrónicos de las personas jurídicas y determinados colectivos, y la consiguiente inadmisión de aquellas solicitudes que no se acomoden a tales exigencias, ha sido expresamente reconocida por la jurisprudencia.” De la documentación obrante en el expediente resulta que la recurrente, ha incumplido la obligación contenida en el artículo 38 del RPERMC de presentar su escrito de interposición de recurso por vía electrónica, sin que haya presentado justificación alguna de imposibilidad de acceso a dicho modo de tramitación, ítem más cuanto se trata de una persona jurídica, a las que el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (LAESP) presume iure et de iure habilitación suficiente para usar los medios electrónicos, a diferencia de los colectivos de personas físicas a los que se refiere (...).”

Conforme a esos mismos parámetros, nuestro Tribunal, en su reciente Acuerdo 32/2017, de 30 de junio, adoptado por la unanimidad de sus miembros, resolvió un supuesto idéntico al planteado en la presentación de la reclamación de la entidad "VITTEL, reclamación con problemas técnicos de acceso a la plataforma telemática del Portal de Contratación de Navarra tras diversos intentos acreditados durante el plazo de interposición según certificado emitido por los servicios técnicos informáticos del Gobierno de Navarra en idénticos términos, y posterior presentación en la dirección de correo de la Secretaría del Tribunal.

En este Acuerdo, nuestro Tribunal concluyó la admisión de la reclamación interpretando la imposibilidad técnica de acceso a la preceptiva vía telemática en términos de conformidad con el principio pro actione, en términos de aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva, manifestando al respecto lo siguiente:

"En este caso, queda acreditado que se han realizado ocho intentos de presentación, sin que quede demostrado que la imposibilidad de presentación se deba de forma exclusiva a la

propia entidad que ha formulado la reclamación, que si ha podido enviar la reclamación junto a la documentación a la dirección electrónica del tribunal dentro del plazo para formular la reclamación.

Debe traerse a colación la doctrina constitucional en materia de acceso a la jurisdicción contenida, entre otras muchas, en la STC 102/2009: "corresponde a este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar la razón en que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que, de forma equivalente, excluye el pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para suplantar la función que a los Jueces y Tribunales compete de interpretar las normas jurídicas en los casos concretos controvertidos, si no para comprobar si las razones en que se basa la resolución judicial está constitucionalmente justificada y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que dicha resolución se funda. En esta tarea el Tribunal tiene que guiarse por el principio hermenéutico pro actione, que opera en el ámbito del acceso a la jurisdicción con especial intensidad, ampliando el canon de control de constitucionalidad frente a los supuestos en los que se ha obtenido una primera respuesta judicial; de manera que, si bien no obliga a la forzosa selección de la interpretación más favorable al acceso a la justicia de entre todas las posibles, sí proscribire aquellas decisiones judiciales que, no teniendo presente la ratio del precepto legal aplicado, incurren en meros formalismos o entendimientos rigoristas de las normas procesales que obstaculizan la obtención de la tutela judicial mediante un primer pronunciamiento sobre las pretensiones ejercitadas, vulnerando así las exigencias del principio de proporcionalidad (por todas, STC 188/2003, de 27 de octubre, FJ 4). Por ello el examen que hemos de realizar en el seno de un proceso constitucional de amparo, cuando en él se invoca el derecho a obtener una primera respuesta judicial sobre las cuestiones planteadas, permite, en su caso, reparar, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal o que, teniéndola, sea fruto de una aplicación arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurra en un error patente que tenga relevancia constitucional, sino también aquellas decisiones judiciales que, desconociendo el principio pro actione, no satisfagan las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental (SSTC 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 2; 279/2005, de 7 de noviembre, FJ 3; y 26/2008, de 11 de febrero, FJ 5, por todas)". (..) d) En el ámbito del acceso a la jurisdicción el principio pro actione actúa con toda su intensidad, por lo que las decisiones de inadmisión sólo serán conformes con el art. 24.1 CE cuando no eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva la pretensión formulada, lo cual implica un escrutinio especialmente severo en estos casos (SSTC

158/2000, de 12 de junio, F. 5; 231/2001, de 26 de noviembre, F. 2; 30/2003, de 13 de febrero, F. 3; y 127/2006, de 24 de abril, F. 2, por todas)».

Por ello, en aplicación del principio pro actione, procede admitir la reclamación, al considerar que ha podido existir un impedimento técnico ajeno a la entidad reclamante, que ha imposibilitado que pueda presentar la reclamación a través del cauce legalmente establecido pese a los intentos realizados".

De la misma manera, la doctrina del Tribunal Constitucional ha llegado a admitir la presentación de escritos procesales en lugar distinto al de la sede propia del órgano judicial, si concurren situaciones excepcionales, indicando que *“la doctrina de este Tribunal en la materia, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo plasmada en diversas resoluciones, entre las que destaca la STEDH Rada Cavanillas c. Reino de España, de 28 de mayo de 1998 (§§ 43-50), que ha sido citada por el recurrente, se ha visto enriquecida en los últimos tiempos con las SSTC 260/2000, de 30 de octubre; 41/2001, de 12 de febrero; 90/2002, de 22 de abril; y 223/2002, de 25 de noviembre y se sintetiza en esta última cuando dice: "en situaciones excepcionales, puede considerarse plenamente eficaz la presentación datada y cierta de un escrito ante un registro público distinto al órgano judicial si, examinado el caso, concurren circunstancias excepcionales y no existe negligencia alguna de parte (STC 41/2001, de 12 de febrero, FFJJ 5, 6 y 7, entre otras). Entre los criterios para medir la excepcionalidad y la diligencia del demandante de amparo y determinar si puede entenderse que las razones de la inadmisión o desestimación del recurso de que se trate en cada caso están constitucionalmente justificadas o son irrazonables y, por tanto, contrarias al art. 24.1 CE (STC 90/2002, de 22 de abril, FJ 3), incluimos el de la interposición temporánea en otro registro que, como el registro del servicio de correos, permite tener constancia cierta de la fecha de su presentación”*

La traslación de esta doctrina a la cuestión a resolver, fundamentada en una interpretación conforme al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consignado en el artículo 24 CE, permitiría considerar eficaz, en casos excepcionales, la presentación temporánea de la reclamación en un lugar alternativo al Portal de Contratación de Navarra si concurren circunstancias excepcionales no acompañadas de negligencia alguna de parte, caso de la presentación ante el buzón de correo electrónico gestionado por la Secretaría del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos que no presenta problema de integridad de la documentación que conforma la reclamación, particularmente cuando el reclamante y su representación están ya identificados por la propia aplicación telemática y se trata de un

procedimiento en el que el expediente se presenta ante la misma por la propia entidad contratante.

Pero, a mayor abundamiento, si, con carácter general, las causas de inadmisión de los procedimientos, en la medida de que constituyen barreras mediante las que se impide la tramitación de los procedimientos, deben ser objeto de una interpretación restrictiva por su relación con el principio *pro actione*, dicha interpretación restrictiva debe alcanzar cotas mayores en la doctrina sobre la admisibilidad de las reclamaciones interpuestas en materia de contratación pública consecuencia de su naturaleza jurídica y finalidad, en cuanto que estamos ante un mecanismo de tutela de naturaleza comunitaria en el que la tutela de los licitadores ocupa un papel esencial como consecuencia del interés europeo en asegurar la competencia entre los interesados en una licitación, lo que exige una interpretación conforme a la jurisprudencia europea y a la exigencia de la primacía del derecho de la Unión, que impone mecanismos de tutela de los licitadores verdaderamente eficaces para garantizar los principios señalados de equivalencia y efectividad del derecho europeo.

Así, la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, señala en su considerando 17 que *"Los procedimientos de recurso deben ser accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción", lo que implica un derecho al recurso sin trabas, en definitiva que las exigencias y cargas impuestas a los ciudadanos interesados no excedan de lo razonable hasta el punto de llegar neutralizar el derecho de acceso al recurso, lo que supondría una vulneración de los principios de buena fe y confianza legítima que deben presidir las relaciones entre la Administración y los ciudadanos"*.

A la vista de lo señalado, se trata, por tanto, de determinar si la presentación realizada de modo alternativo a la telemática prescrita por la norma de aplicación ha sido consecuencia de la imposición de trabas que el licitador interesado en impugnar una decisión de adjudicación no está obligado a soportar o, por el contrario, constituye una carga que debe cumplir para el ejercicio de ese derecho, lo que equivale a concluir que un licitador normalmente diligente habría podido ejercitar su derecho y la causa de la no presentación telemática de la reclamación requerida sería imputable a él mismo.

Analizando las circunstancias concurrentes adecuadamente acreditadas, resulta que la entidad reclamante realizó hasta 17 intentos infructuosos de presentación de su reclamación en el Portal de Contratación de Navarra, y todos ellos dentro del plazo de interposición de la reclamación, por lo que nos hallamos ante un licitador que quiere cumplir con la diligencia temporal requerida, y si no alcanza a presentar correctamente su reclamación, no se debe a su propia voluntad sino a causas que le son extrañas como es un problema informático ajeno.

Así, basta examinar la contestación dada por el Director del Departamento de Informática del Gobierno de Navarra responsable del soporte telemático del Portal de Contratación de Navarra que afirma que el canal de envío seguro utilizado por la plataforma de reclamaciones del Portal de Contratación de Navarra requiere, en ocasiones, para que funcione correctamente, la realización, en el navegador de Internet del reclamante de determinadas acciones o la instalación de ciertas configuraciones que pueden implicar cierta complejidad, dependiendo de los navegadores, de sus versiones y de sus componentes tecnológicos, lo que viene a corresponderse con el problema sufrido por el reclamante que estuvo intentando acceder ininterrumpidamente.

El análisis señalado debe ser realizado, además, teniendo en cuenta que no nos encontramos ante una problemática aislada en la que un licitador que quiere interponer una reclamación no puede hacerlo a pesar de intentarlo en múltiples ocasiones, pues al precedente ocurrido en idénticos términos que el ahora analizado se unen otros tantos en el que vuelven a reproducirse las mismas circunstancias de imposibilidad técnica de acceso, hasta el punto de que empresas reclamantes anteriormente no han podido en ocasiones posteriores presentar tampoco en forma su reclamación, situaciones anómalas que, en aclaraciones de la Dirección de Servicio responsable del soporte técnico, se traduce en la existencia de problemas técnicos para compatibilizar la seguridad que demanda el certificado electrónico como vía de acceso exigida por la aplicación telemática que utiliza el Portal de Contratación de Navarra con las múltiples modificaciones realizadas por los proveedores de navegación hoy en día para restringir la ejecución de programas y que dificulta la firma de certificados, lo cual origina problemas impredecibles, complejos y costosos no susceptibles de resolución mediante asesoramiento técnico del soporte del Portal de Contratación de Navarra, porque requieren de conocimientos informáticos avanzados o, como vía alternativa, la adaptación de otras soluciones técnicas por la plataforma electrónica amparadas en la Ley de Administración Electrónica menos restrictivas en el acceso, caso de una firma en clave concertada (usuario y contraseña), que se corresponde con el supuesto de DNI/PIN.

En definitiva, lo determinante no es que la aplicación informática del Portal de Contratación estuviera activa y sin problemas técnicos durante todo el proceso en que la entidad reclamante permaneciera como usuaria del mismo, sino que, en general, el acceso configurado única y exclusivamente sobre la base de la firma de documentos con certificado constituye una barrera tecnológica sobre todo para determinados licitadores, pequeñas empresas y profesionales, que deben utilizar los sistemas y medios configurados y puestos a disposición por la Administración electrónica que soporta el Portal de Contratación de Navarra, sin alternativa técnica alguna que facilite el acceso mediante otros medios igual de seguros pero más accesibles.

A este respecto, procede examinar la norma que regula la plataforma digital del Portal de Contratación de Navarra, Decreto Foral 236/2007, de 5 de noviembre, por el que se regula la Junta de Contratación Pública de Navarra y los procedimientos y registros a su cargo, que de conformidad con su artículo 2 o) le atribuye la obligación de gestionar el Portal de Contratación de Navarra, y que en el artículo 12 regula el acceso al Portal y remisión de información y documentos, señalando “3. *El acceso al Portal se realizará de forma que se garantice un control de la autenticación de los usuarios, aplicando modos de acceso estandarizados con un nivel de seguridad alto e integrable en los sistemas de autenticación de la infraestructura del Gobierno de Navarra. Tras la autenticación se realizará la autorización de los usuarios utilizando, en lo posible, las metodologías implantadas en el Gobierno de Navarra*”; y en el artículo 13. Utilización de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos, estableciendo lo siguiente:

“1. La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos permitirá el intercambio seguro de documentos entre la Junta de Contratación Pública, las entidades contratantes y los posibles licitadores.

Cualquier proceso que implique un intercambio de información o documentación deberá cumplir, entre otros, los siguientes requisitos: firma electrónica avanzada, sello de tiempo y gestión y control de apertura según fechas.

Asimismo, se adoptarán las medidas técnicas y de organización necesarias que aseguren la autenticidad, confidencialidad, integridad, disponibilidad y conservación de la información y de los documentos electrónicos”.

2. Para la adopción de las medidas establecidas en el apartado anterior se deberá tener en cuenta el estado de la técnica, así como el criterio de proporcionalidad respecto de la naturaleza de los datos, de los tratamientos y de los riesgos a los que estén expuestos”.

Pues bien, además de que la norma no obliga a usar el certificado electrónico como único medio de autenticación del usuario, permite otros medios estandarizados con nivel alto que ya están integrados y utilizados en la infraestructura del Gobierno de Navarra, cómo es la conjunción PIN-NIF, y obliga a tener en cuenta el estado de la técnica para la imposición de las medidas y el principio de proporcionalidad.

En consecuencia, las restricciones resultantes del medio de autenticación utilizado por el Portal de Contratación de Navarra, por las exigencias de instalación que requiere, en modo alguno puede ser imputable a la falta de diligencia de los usuarios que no disponen de conocimientos informáticos avanzados, constituyendo una traba no justificada generadora de discriminación para determinados tipos de licitadores, máximo cuando, además de no dotarse de otros medios alternativos que forman parte de la infraestructura del Gobierno de Navarra, no tiene instaurado siquiera un sistema que pueda recoger y resolver de un modo protocolizado los citados problemas de acceso, en línea con las plataformas telemáticas de otros tribunales.

Y todo lo señalado sin que sea óbice oponer el carácter no obligado de la reclamación ante el Tribunal Administrativo de Contratos de Navarra, que resulta potestativa para los interesados dado su carácter de recurso sustitutivo, porque significaría obviar no sólo el carácter ejecutivo y ejecutorio de los acuerdos de este Tribunal sino el propio efecto útil de la reclamación para procurar una tutela restitutoria a favor de los licitadores que permite corregir las infracciones de las reglas de contratación antes de la adjudicación y restituir el "statu quo ante" frente a la tutela meramente resarcitoria que aportan los recursos ordinarios.

En todo caso, el carácter básico de las normas de procedimiento administrativo exige aplicar la regulación sobre administración electrónica contenida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo común, en la tramitación telemática de la reclamaciones dirigidas al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, particularmente en lo que respecta a la obligación de la administración de requerir la subsanación de la interposición cuando resulte preceptiva la presentación telemática de un escrito, regulada en el artículo 68.4, lo que veda toda posibilidad de inadmisión de una reclamación no presentada telemáticamente sin previo requerimiento de subsanación realizado al efecto.

En este sentido la Resolución 128/2016 del Tribunal de Recursos Contractuales de Euskadi señala que "ÚNICO: *El artículo 14.2 a) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común (LPAC), establece la obligatoriedad de que las personas jurídicas se relacionen con la Administración con medios electrónicos. Por su parte, el artículo 68.4 de la misma Ley expresa que «si alguno de los sujetos a los que hace referencia el artículo 14.2 y 14.3 presenta su solicitud presencialmente, las Administraciones Públicas requerirán al interesado para que la subsane a través de su presentación electrónica.» Finalmente, el artículo 44.5 del TRLCSP establece que «para la subsanación de los defectos que puedan afectar al escrito de recurso, se requerirá al interesado a fin de que, en un plazo tres días hábiles, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición». Como se señala en los antecedentes de hecho, el plazo ha transcurrido sin que se haya producido la subsanación requerida, por lo que procede dar al recurrente por desistido, aceptar de plano dicho desistimiento y declarar concluso el procedimiento, ya que no consta perjuicio alguno para terceros interesados ni se aprecia la concurrencia de razones de interés general que hagan conveniente su sustanciación (artículos 84.1 y 94 de la LPAC)".*

A mayor abundamiento, el derecho a recibir la asistencia en el uso de los medios electrónicos a utilizar para la interposición de reclamaciones en el Portal de Contratación de Navarra resulta especialmente relevante en el supuesto examinado, particularmente en los casos en que resulte obligado requerir la subsanación telemática tras la presentación infructuosa, señalando así el artículo 12. *Asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados*, que:

1. Las Administraciones Públicas deberán garantizar que los interesados pueden relacionarse con la Administración a través de medios electrónicos, para lo que pondrán a su disposición los canales de acceso que sean necesarios así como los sistemas y aplicaciones que en cada caso se determinen.

2. Las Administraciones Públicas asistirán en el uso de medios electrónicos a los interesados no incluidos en los apartados 2 y 3 del artículo 14 que así lo soliciten, especialmente en lo referente a la identificación y firma electrónica, presentación de solicitudes a través del registro electrónico general y obtención de copias auténticas.

Asimismo, si alguno de estos interesados no dispone de los medios electrónicos necesarios, su identificación o firma electrónica en el procedimiento administrativo podrá ser válidamente realizada por un funcionario público mediante el uso del sistema de firma electrónica del que esté dotado para ello. En este caso, será necesario que el interesado que carezca de los medios

electrónicos necesarios se identifique ante el funcionario y preste su consentimiento expreso para esta actuación, de lo que deberá quedar constancia para los casos de discrepancia o litigio.

3. La Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales mantendrán actualizado un registro, u otro sistema equivalente, donde constarán los funcionarios habilitados para la identificación o firma regulada en este artículo. Estos registros o sistemas deberán ser plenamente interoperables y estar interconectados con los de las restantes Administraciones Públicas, a los efectos de comprobar la validez de las citadas habilitaciones.

En este registro o sistema equivalente, al menos, constarán los funcionarios que presten servicios en las oficinas de asistencia en materia de registros.

Finalmente, debemos señalar que este Tribunal en su recién adoptado Acuerdo 53/2017, de 7 de septiembre, en un supuesto idéntico al presente, recoge los postulados de la doctrina citada y sobre la base de la doctrina jurisprudencial del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio pro actione, que demandan una interpretación estricta y casuística de las causas de inadmisión de la reclamación, resuelve su rechazo en aquellos supuestos en que la imposibilidad técnica de la interposición telemática de la misma, aún con un correcto funcionamiento de la plataforma del Portal de Contratación de Navarra, no obedezca a una falta de diligencia del reclamante, estando acreditados tanto los intentos sin éxito de interposición telemática como su remisión por vía alternativa dentro del plazo legal de interposición.

Los planeamientos señalados, obtenidos tanto a partir de una interpretación secundum directivam de las normas nacionales como de la exégesis de dicha normativa, permiten concluir que el trámite procedimental establecido para la interposición de la reclamación ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra no permiten garantizar en todos los casos los principios de equivalencia y de efectividad del efecto útil de las Directivas de recurso europeas, y por tanto el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que ha de llevar a la conclusión que constituyen una restricción irrazonable para los reclamantes que en ningún caso podría justificar la inadmisión de su reclamación.

Efectivamente, la garantía de agilidad y rapidez en la tramitación de la reclamación en materia de contratación pública, asegurada por la tramitación de un procedimiento exclusivamente telemático y por la regulación de un plazo de interposición muy reducido, no

puede sustentarse a costa de sacrificar los derechos de los licitadores a la impugnación de las decisiones que considere ilegales.

En última instancia, el criterio de justicia material debe estar presente en la interpretación de cualquier norma jurídica, no debiendo olvidarse que, precisamente, la justicia es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico consignados en el artículo 1 del Título Preliminar CE.

En conclusión, conforme a lo expuesto, procede admitir la reclamación interpuesta por la mercantil “VITEL, S.A.” frente al acuerdo de adjudicación del contrato para la renovación del sistema de votaciones, audio y video, de la sede del Parlamento de Navarra dictado con fecha 26 de abril de 2017, lo que determina la obligación de analizar y resolver la cuestión de fondo.

QUINTO.- La apreciación de oficio por este Tribunal de vicios de nulidad de pleno derecho no alegados por la parte reclamante no sólo está sancionada legalmente y respaldada jurisprudencialmente, sino que la acción de reclamación en materia de contratación pública constituye un ámbito propio para su ejercicio dadas las facultades inherentes a la jurisdicción de este Tribunal y la naturaleza jurídica de la reclamación en materia de contratación pública.

La previsión legal regulada en el artículo 213. 2, que establece que *”La resolución que ponga término al procedimiento será congruente con la petición y decidirá motivadamente sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio periódico indicativo, pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación. Si el tribunal advirtiera la existencia de nulidad de pleno derecho se pronunciará sobre la misma aun sin alegación por las partes, previa puesta en conocimiento de esta circunstancia y otorgamiento de un plazo de alegaciones de tres días naturales a los interesados”*, fue introducida por Ley Foral 14/2014, de 18 de junio, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos con el fin de conciliar la competencia atribuida al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra de depuración de las ilegalidades existentes en los procedimientos de adjudicación de contratos sometidos a su examen con las exigencias

procedimentales impuestas en el ordenamiento jurídico español a favor de las partes, en especial el principio de congruencia y el derecho de defensa.

Así, debe examinarse la doctrina jurisdiccional sobre este punto, siguiendo la emitida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que en Resolución 001/2014, de 10 de enero, significa que:

"En el ámbito civil, es doctrina consolidada desde muy antiguo que la nulidad de pleno derecho surte efectos ipso iure, de forma que puede ser apreciada por los tribunales sin necesidad de petición expresa de la parte (STS 27 de mayo de 1949, STS 29 de octubre de 1949, STS de 23 de junio de 1966, entre otras), si bien para que esta apreciación pueda realizarse: i) se deben probar los hechos de los que derive la nulidad del contrato y ii) han de estar presentes en el pleito todos los que intervinieron en la celebración del contrato de que se trate o sus sucesores o causahabientes. En el ámbito administrativo, es igualmente antigua y consolidada la doctrina conforme a la cual la nulidad de pleno derecho es de orden público, de forma que puede ser declarada de oficio aunque nadie haya solicitado la declaración (STS 11 de octubre de 1956, STS 31 de enero de 1967, STS de 22 de octubre de 1972, STS de 31 de enero de 1975, entre otras muchas).

Lo que se ha señalado respecto de los órganos jurisdiccionales es de aplicación también respecto de este Tribunal. No sólo porque encuentra su fundamento positivo en los ya referidos artículos 112 y 113 de la LRJPAC, sino también porque una actuación de este órgano revisor que no pudiera apreciar de oficio la concurrencia de un vicio de nulidad de pleno derecho dejaría al arbitrio de las partes (mediante la invocación o no del vicio de que se trate) la declaración de la nulidad de pleno derecho, siendo así que se trata de un vicio no susceptible de convalidación. Del mismo modo, ante la impugnación de un contrato, la falta de alegación del vicio de nulidad conduciría (en caso de que no concurriera otro vicio en el contrato) a que el órgano revisor tuviera que declarar la validez de un contrato que en realidad es nulo de pleno derecho. En ambos casos, el consentimiento del interesado convalidaría el acto nulo, cuestión que no resulta admisible, ya que nadie puede consentir eficazmente algo que rebasa el ámbito de su propia esfera individual.

Conclusión de lo expuesto es que la existencia de un vicio de nulidad puede ser apreciada por este Tribunal aunque no haya sido alegada por los interesados, si bien será necesario que se dé audiencia a éstos, conforme establece el ya referido artículo 113 de la LRJPAC".

Por otra parte, el uso de esta prerrogativa por este Tribunal en concreto ya ha sido avalado por parte de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que en Sentencia nº 266/2016, de 2 de junio de 2016, ha manifestado que *"Aunque el Ayuntamiento de Orkoien insiste en la demanda, igual que lo hizo en vía administrativa en que esta cuestión no ha sido planteada por las partes y no puede ser analizada de oficio por el Tribunal, el art. 213.2 de la LFCP prevé que: "Si el tribunal advirtiera la existencia de nulidad de pleno derecho se pronunciará sobre la misma aún sin alegación por las partes previa puesta en conocimiento de esta circunstancia y otorgamiento de un plazo de alegaciones de tres días naturales a los interesados". En este caso, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por acuerdo 9/2015, de 16 de febrero, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra advirtió a las partes de posible existencia de nulidad de pleno derecho derivada de la omisión en la licitación de la preceptiva publicidad en el DOUE y les da traslado para alegaciones, cumpliendo el trámite previsto legalmente para evitar cualquier tipo de indefensión a las partes. Lo que no es posible es dejar de analizar la causa de nulidad de pleno derecho porque no haya sido alegada por los interesados, dada la previsión legal"*.

Particularmente, el Tribunal Supremo ha venido declarando como criterio común, entre otras las Sentencias de 28 de febrero de 2004 y 31 de mayo de 2005, la posibilidad de que los Tribunales decreten la nulidad aunque no se hubiera alegado o se hubiere efectuado con deficiencias de carácter formal, sólo y cuando la sinalagmática contractual se refiera a pactos o cláusulas que manifiestamente sean ilegales, contrarias a la moral, al orden público, o constitutivas de delitos, es decir contratos contrarios a la legalidad imperativa y por tanto al artículo 6.3 del Código Civil, para evitar que los fallos de los Tribunales, por el silencio de las partes, puede amparar hechos torpes o ilícitos.

De este modo, el ejercicio de dicha prerrogativa constituye una pauta de actuación de los tribunales de recursos contractuales, plasmada en las conclusiones de su II Reunión de Coordinación celebrada el 7 de noviembre de 2013, según la cual *"(...) si como consecuencia de la recalificación del contrato y a falta de impugnación expresa por el recurrente, el Tribunal apreciara causa de invalidez o nulidad del pliego por establecer un régimen contractual incompatible con el del contrato recalificado, antes de anular la licitación, debe concederse un plazo de alegaciones al órgano de contratación y al recurrente para que se pronuncien sobre la anulación de los pliegos y del procedimiento. No obstante, habrá que estar a cada caso concreto con el fin de no alterar el principio de congruencia, ni lesionar los derechos de los*

interesados en supuestos en que pudiera concurrir causa que conlleve un interés en el recurrente de desistir del procedimiento”.

En definitiva, partiendo de que los vicios de nulidad de pleno derecho no son susceptibles de convalidación, su apreciación constituye una cuestión de orden público que no puede estar sometido al arbitrio de las partes ni puede depender del consentimiento de la parte reclamante en prevención de que no pueda declararse la validez de un contrato que adolece de vicios insubsanables, en línea con lo manifestado por la Resolución nº 40/2016, de 20 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que señala al respecto que *“No es admisible, en contra del efecto útil de la Directiva de recursos, una interpretación del artículo 145.1 TRCSP que supone consentir causas de nulidad de pleno derecho, o infracciones de los principios básicos de la contratación pública, por presumir el consentimiento o aquiescencia del licitador, por su mera participación en la licitación sin recurrir el pliego.*

Pero es que, además, teniendo en cuenta los términos en que está constituida la litis según la reclamación presentada, de acogerse por este Tribunal la pretensión ejercitada por la entidad reclamante, debería producirse el efecto de declaración de la invalidez de todo el procedimiento de adjudicación, sin posibilidad de sanación alguna, porque la finalización del mismo mediante acto de adjudicación impide retrotraer el procedimiento al momento anterior a la valoración técnica pretendida, porque ya se habría producido la vulneración del secreto de las ofertas que lo impide en el artículo 52.1 LFCP, cómo ya ha manifestado este Tribunal en algunos de sus acuerdos y ha explicitado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resolución 900/2014, del 5 de diciembre, al ludiendo a *“(…) la necesidad de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación el que se tengan en cuenta las consideraciones que anteceden en cuanto a la aplicación de los criterios que dependan de un juicio de valor, sin que sea posible acordar la retroacción de las actuaciones por cuanto que, al haberse abierto el sobre de la oferta económica de una de las empresas licitadoras, ello vulneraría el secreto de las proposiciones (entre otras, Resoluciones 132/2011, de 4 de mayo, 166/2013, de 8 de mayo, 46/2013, de 23 de octubre, ó 590/2013, de 4 de diciembre)”*, lo que sólo daría lugar a iniciar una nueva licitación que no debería reproducir aquellos vicios determinantes de un vicio de nulidad de pleno derecho de conformidad con el principio de eficacia del funcionamiento de la Administración (artículo 103 CE),.

Siendo, por tanto, la nulidad de pleno derecho una cuestión de orden público, este Tribunal está no sólo facultado, sino también obligado, a declararla de oficio, por propia

iniciativa, en el supuesto de que la concurrencia de dicho vicio resulte acreditada de un modo patente y manifiesto, con el fin de que puedan resultar depurados los vicios cuya gravedad pudieran ser determinantes de la anulación del acto que resulte afectado, sin perjuicio de la necesidad de cumplimentación, en su caso, del requisito procedimental, garante del principio de congruencia y de interdicción de la indefensión de las partes, consignado en el artículo 213.2 de la LFCP.

Por tanto, la utilización de dicha previsión por parte de este órgano revisor no sólo no debe ser excepcional y de interpretación restringida, más allá de las propias restricciones resultantes del concepto de los vicios de nulidad de pleno derecho, en este caso de carácter sustantivo y no procedimental, sino que, cómo ya se ha avanzado, es en este ámbito de la reclamación en materia de contratación pública dónde alcanza toda su plenitud por su propia naturaleza y finalidad de garantizar el principio de efectividad de la aplicación del derecho de la Unión.

Es más, en modo alguno puede atribuirse carácter sorpresivo al ejercicio de esta facultad cuando, además de permitir cumplimentar la finalidad prevista, de la misma resulta una manifiesta oportunidad otorgada a la entidad contratante, de conformidad con la doctrina acuñada jurisprudencialmente y acogida por los órganos de recursos contractuales, para que pueda subsanar las omisiones y deficiencias de que adolece el expediente de contratación en lo que se refiere a la ausencia de las justificaciones que hubiera debido contener según ley.

En definitiva, siendo el único objeto el de advertir a las partes de la existencia de causas de nulidad en el procedimiento de adjudicación para que puedan hacer uso de sus derecho a alegar lo que tengan por conveniente en defensa de su propio interés, o incluso completar el expediente en el caso de la entidad contratante, y a la vista de lo que manifiesten, este Tribunal debe resolver lo que proceda en el correspondiente acuerdo que decida motivadamente sobre todas las cuestiones planteadas. Es decir, en el presente Acuerdo.

Por lo dicho, el acuerdo notificado por este Tribunal a las partes en dicho sentido no constituye una acuerdo sobre el fondo en el que haya que motivar la consideración de nulidad de los vicios de nulidad advertidos a las partes, ni requiere de esfuerzo argumentativo alguno ni tampoco un mayor desarrollo argumental que explique la trascendencia de las citadas cuestiones de nulidad, ni cabe ser calificado de simplista ni requiere ser completado. En ningún caso,

admite la consideración, puesta de manifiesto por la entidad reclamante en su escrito de alegaciones, de que es producto de un exceso de voluntarismo del órgano revisor.

Pues bien, mediante Acuerdo, este Tribunal puso en conocimiento de los interesados la existencia en los pliegos del contrato de causas de nulidad advertidas de oficio y no alegadas por la parte reclamante, en los siguientes términos:

“La empresa reclamante invoca como causa de impugnación la existencia de causas de exclusión de la oferta de la empresa adjudicataria por no cumplimiento de determinadas prescripciones técnicas, así como causas de inadmisión a la licitación por no acreditación de los requisitos de solvencia técnica, respecto de lo cuál el Parlamento de Navarra invoca que tratándose de una licitación “llave en mano”, los pliegos de prescripciones técnicas carecen de determinaciones obligatorias, de tal forma que son susceptibles diversas soluciones técnicas siempre que tengan un funcionamiento correcto en el momento de ejecución del contrato, a lo que añade que las propuestas técnicas que presentan los licitadores deberán ser objeto de las modificaciones oportunas en el correspondiente proyecto ejecutivo definitivo para el cumplimiento de todas las funcionalidades y especificaciones técnicas exigidas en el PPTP, previa aprobación por la Dirección Facultativa, concluyéndose que por dicha razón no puede haber exclusión de las ofertas de los licitadores por incumplimiento de prescripciones técnicas, cuando, además, las propuestas técnicas se consideran abiertas para que puedan ajustarse a la instalación en el Parlamento como fruto del trabajo entre el adjudicatario y la propiedad.

A este respecto, la entidad contratante informa que el planteamiento de la valoración técnica ha sido el de considerar que las deficiencias u omisiones en la definición de las ofertas técnicas de los licitadores no conllevan en ningún caso su exclusión de la licitación por cuánto el resultado final será como lo quiera el Parlamento.

Esta argumentación esgrimida por la entidad contratante ha obligado a examinar si la misma constituye una interpretación realizada al margen de los PCAP y PPTP o, por el contrario, resulta totalmente ajustada a los mismos, supuesto que sería determinante de un vicio de nulidad de pleno derecho por vulneración de los principios de transparencia e igualdad y no discriminación de los licitadores.

Pues bien, examinados los pliegos que rigen el contrato se advierten dudas razonables sobre su correcta calificación jurídica, las prestaciones que definen el contrato, su justificación y su adecuación a derecho (...).

En este caso, como resulta del acuerdo citado, procede examinar si la infracción de los principios rectores de la contratación pública que la parte reclamante denuncia en la valoración

de las ofertas, resulta de una facultad ejercida por la Mesa de Contratación al margen de los pliegos que rigen el contrato, lo que la convertiría en arbitraria, o tiene su raíz en el propio diseño del contrato y en la regulación de los requerimientos técnicos de las ofertas y de los criterios de adjudicación, lo que demandará, por parte de este Tribunal, un exhaustivo examen de los mismos.

Porque si bien es cierto que la entidad reclamante no impugna la valoración técnica otorgada a su oferta, sí lo hace con el resultado de la valoración técnica de la licitación en la medida que denuncia la puntuación otorgada a la Unión Temporal de Empresas (U.T.E) que ha resultado adjudicataria y, en definitiva, los criterios utilizados por la Mesa de Contratación para valorar las ofertas, máximo cuando los criterios de adjudicación constituyen parámetros que tienen el objeto de seleccionar la oferta más ventajosa previa comparativa entre las mismas.

SEXTO.- El objeto del procedimiento sujeto al examen de este Tribunal viene constituido por la litis conformada en los términos que han resultado fijados por las partes e interesados y los incorporados por el Acuerdo 46/2017, de 21 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se pone en conocimiento de los interesados la existencia en los pliegos del contrato para la renovación del sistema de votaciones, audio y video de la sede del Parlamento de Navarra de posibles causas de nulidad de pleno derecho, advertidas por este Tribunal y no alegadas por la parte reclamante, así como por las alegaciones en relación a las mismas incorporadas por las partes al procedimiento.

En suma, habiendo fundado la mercantil reclamante su pretensión en la infracción de los principios rectores de la contratación pública, especialmente del principio de igualdad y no discriminación, en lo que concierne a la fase de valoración de las ofertas de los licitadores, tras la cual la oferta de la adjudicataria resultó ser seleccionada como oferta más ventajosa, la adición a la cuestión decidendi resultante del Acuerdo 46/2017, se residencia en la vulneración de dichos principios rectores de la contratación pública en la fase de licitación.

En definitiva, la cuestión litigiosa afecta, fundamentalmente, al propio diseño y objeto del contrato, que debe venir amparado en el principio de libre competencia licitado y en el de eficiencia, y en la legalidad de las prescripciones técnicas particulares y criterios de adjudicación en cuanto deben resultar compatibles con el principio de transparencia y de igualdad y no discriminación.

Todo lo señalado, a la vista de las alegaciones contenidas en los escritos aportados por las partes contendientes, si bien resulta necesario hacer una precisión respecto de los informes remitidos por la entidad contratante, tanto respecto del hecho llegar al Tribunal junto con el expediente como el emitido en cumplimiento del trámite de audiencia conferido frente al citado Acuerdo 46/2017, porque de facto no se corresponden con los prevenidos legalmente en la medida que no provienen del órgano designado por la ley, el órgano de contratación, que en este caso es la Mesa del Parlamento de Navarra, pues ni consta acuerdo del citado órgano colegiado que los ratifique ni delegación alguna a favor de persona que los suscriba, toda vez que como señala el Acuerdo 53/2014, de 16 de septiembre de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, con cita de otros Acuerdos, *"Un informe es un documento administrativo (de juicio u opinión) que, por definición, contiene una declaración emitida por el órgano designado en la ley, sobre las cuestiones de hecho o derecho que son objeto de un procedimiento (en este caso el recurso especial en materia de contratación pública), y máxime cuando incorporan afirmaciones que trascienden a la mera defensa de la razón y motivación de las decisiones que constituyen las cuestiones debatidas en la reclamación. Precisión que resulta conveniente realizar sin perjuicio de que este Tribunal, salvaguardando el derecho de defensa de las partes, las tome en consideración a la hora de resolver las cuestiones de fondo planteadas; resolución que, como corresponde a la función encomendada, se efectúa desde una perspectiva de estricta legalidad, sin tener en cuenta las manifestaciones que, realizadas en los escritos de alegaciones formulados, exceden de la misma.*

En esta tesitura, habiendo resultado desvirtuadas en los fundamentos precedentes las que refieren la existencia de irregularidades procedimentales o los excesos de jurisdicción atribuidas a este Tribunal, únicamente cabe analizar si la entidad contratante ha sufrido la indefensión denunciada respecto de la misma y la propia adjudicataria, cuestión que únicamente debe ser resuelta en términos de vulneración material del derecho fundamental de defensa, pues como ha señalado el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de septiembre de 2007, *"la indefensión, como vicio procedimental invalidante, ha de tener un carácter material y no meramente formal y debe haber dejado al afectado en una situación tal que le haya sido imposible alegar o defenderse, con exposición de cual hubiera sido la situación a la que podría haberse llegado de cumplirse los requisitos legales"* porque *"La ausencia u omisión de derechos fundamentales descritos en el artículo 24 de la Constitución solo podrán ser relevantes en la medida en que generen indefensión material (Sentencias del Tribunal Constitucional 94/1983, 14 de noviembre; 70/2002, 3 de abril; 18 de junio y 24 de septiembre de 2007), y "* para que una irregularidad procesal o infracción de las normas de procedimiento

alcance relevancia constitucional debe producir un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de quien las denuncie" (Sentencias TC 233/2005, de 26 de septiembre, o 130/2002, de 3 de junio).

Sin embargo, más allá del retraso evidente en la notificación del acuerdo del Tribunal resolutorio de la reclamación presentada a partir de su fecha de interposición; retraso motivado por las actuaciones realizadas en orden a verificar las circunstancias de la interposición de la reclamación antes analizadas, por la sustanciación del incidente de nulidad y por la específica complejidad de la reclamación y del expediente de contratación al que la misma se contrae; ni la entidad contratante ni tampoco las empresas adjudicatarias han acreditado la existencia de irregularidad procesal que haya supuesto alguna suerte de merma en su derecho de defensa. Ni tampoco han identificado qué perjuicio material han sufrido en el curso de esta reclamación, que en ningún caso puede identificarse con la no ejecución del contrato en los plazos previstos porque dicha ejecución está supeditada a la determinación de la licitud del contrato cuestionado, cuestión sobre la que debe resolver este Tribunal, señalándose, en este sentido, que las empresas designadas adjudicatarias no ostentan derecho al contrato, cómo se verá.

Porque la decisión impugnada por la parte reclamante, el Acuerdo de la Mesa del Parlamento de Navarra de 26 de abril de 2017, por el que se adjudica a las empresas Telesonic, SAU y Ostiz Audiovisuales, S.L., licitadores en participación conjunta, *"el contrato de los trabajos de renovación, del sistema de votaciones, audio y vídeo del edificio sede del Parlamento de Navarra, de acuerdo con el PCAP, PPTP, pliego de mediciones y anexo de esquemas que rigen la misma, por un importe total de 557.550,00 euros, IVA excluido"*, según el desglose que se detalla en el mismo, no supone la perfección del contrato adjudicado como se deduce del mismo Acuerdo, en cuyo punto 2º del mismo se establece que *"La adjudicación queda, en todo caso, condicionada a la presentación en el plazo de siete días naturales contados a partir del día siguiente a la notificación de este Acuerdo, de la documentación a que se hace referencia la cláusula 12 del PCAP (...)"*.

Así, el PCAP en su cláusula 11.- *"ADJUDICACIÓN"*, señala que:

"La Mesa del Parlamento adjudicará el contrato siguiendo el orden de la propuesta presentada por la unidad gestora del contrato, salvo que se hubiera formulado con infracción del ordenamiento jurídico o presuma fundadamente que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de bajas desproporcionadas o temerarias, en cuyo caso actuará de conformidad con lo previsto en la legislación vigente. Todo ello sin perjuicio de declarar

desierta la licitación por motivos de interés público, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 92.6 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos.

La Mesa del Parlamento, previos los informes técnicos correspondientes, adjudicará el contrato en el plazo máximo de un mes desde el acto de apertura pública del precio ofertado.

La resolución de la adjudicación será motivada, deberá especificar los motivos por los que se ha rechazado una oferta y las características o ventajas de la oferta seleccionada, y se notificará a los interesados de conformidad con lo dispuesto en la legislación reguladora del procedimiento administrativo.

La adjudicación se entenderá condicionada a la presentación de los documentos a que hace referencia la cláusula 12 del presente pliego.

La adjudicación se publicará en el Portal de Contratación de Navarra en el plazo de 48 días desde la adjudicación del contrato.

Por su parte, la cláusula 12.- **“OBLIGACIONES PREVIAS A LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO”**:

“En el plazo máximo de siete días naturales desde el día siguiente a la notificación de la adjudicación, el licitador que haya resultado adjudicatario deberá presentar los siguientes documentos:

1. Documentación acreditativa de la personalidad jurídica y representación:

a) Si la empresa está inscrita en el Registro Voluntario de Licitadores de la Comunidad Foral de Navarra, de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo IV del Decreto Foral 236/2007 de 5 de noviembre, por el que se regula la Junta de Contratación Pública y los procedimientos y registros a su cargo (BON nº 149, de 30 de noviembre de 2007), será suficiente para acreditar la personalidad y representación de la empresa, la presentación de copia del certificado expedido por el registro, junto con una declaración responsable del representante de la empresa en la que se manifieste la vigencia de dicho certificado.

b) Si la empresa no está inscrita en el Registro a que se refiere el párrafo precedente, habrá de acreditar su personalidad y representación a través de los siguientes medios:

b.1.) Si los licitadores son personas jurídicas, copia autenticada notarial o administrativamente de la escritura de constitución o en su caso, de modificación, inscritas en el Registro Mercantil, cuando este requisito fuere exigible conforme a la legislación mercantil que le sea aplicable. Si no lo fuere, la acreditación de la capacidad de obrar se realizará mediante la escritura o documento de constitución, de modificación, estatutos o acto fundacional, en el que constaran las normas por las que se regula su actividad, inscritos en su caso en el correspondiente Registro oficial.

Si los licitadores son personas naturales, será obligatoria la presentación de la copia autenticada notarial o administrativamente del DNI o del documento que reglamentariamente le sustituya.

b.2) Copia autenticada notarial o administrativamente de Poder notarial, inscrito en el Registro Mercantil si este requisito fuera exigible conforme a la normativa registral, a favor de la persona que hubiere firmado la proposición en nombre del licitador, y del DNI, o documento que reglamentariamente le sustituya, de la persona apoderada.

Las empresas no españolas acreditarán su capacidad de obrar según lo establecido en los artículos 11.3 y 12 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, y 49 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

2. En el caso de que el contrato fuera adjudicado a una unión de empresas, deberán estas acreditar la constitución de la misma en escritura pública dentro del plazo otorgado para la formalización del contrato, y el nombramiento de un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, así como el CIF asignado a dicha unión.

El citado documento deberá estar firmado por los representantes de cada una de las empresas componentes de la unión y por el apoderado.

La responsabilidad será siempre solidaria e indivisible para el conjunto de obligaciones dimanantes del contrato.

3. Certificados positivos, vigentes en la fecha de finalización de presentación de proposiciones, expedidos por las Haciendas que correspondan (Hacienda Foral Navarra y/o Hacienda Estatal y/o Haciendas Forales) y por la Tesorería General de la Seguridad Social acreditativos, respectivamente, de que el licitador se halla al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social.

Los licitadores extranjeros, pertenecientes o no a Estados miembros de la Unión Europea, que no tengan domicilio fiscal en España, deberán presentar certificado expedido por la autoridad competente del país de procedencia por el que se acredite que se hallan al corriente en el pago de los impuestos y tributos y de las cotizaciones sociales que se deriven del ordenamiento jurídico de su país.

En el caso de ofertas presentadas por uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto o por licitadores que participen conjuntamente, cada uno de los integrantes de la agrupación deberá presentar los certificados señalados.

4. Las empresas extranjeras presentarán declaración de someterse a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles de cualquier orden, para todas las incidencias que de

modo directo o indirecto pudieran surgir del contrato, con renuncia, en su caso, al fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponder al solicitante.

La falta de aportación de esta documentación supondrá, previa audiencia del adjudicatario, que la adjudicación quede sin efecto, con abono por parte de éste, de una penalización equivalente al dos por ciento del importe estimado del contrato e indemnización complementaria de daños y perjuicios en todo lo que exceda de dicho porcentaje."

Por tanto, resulta claro que el acuerdo adoptado por la Mesa del Parlamento, en cuanto a su presupuesto y sus efectos, se acomoda a lo establecido al PCAP que rige el contrato, a salvo la referencia a la unidad gestora del contrato que debe entenderse suplida por la Mesa de Contratación, contando además que nos encontramos ante un procedimiento de publicidad comunitaria y el artículo 59 LFCP exige obligatoriamente la constitución de una Mesa de Contratación, pero el problema que surge es que dicho pliego no se ajusta a la regulación contenida en nuestra normativa foral sobre contratación pública, separándose, cómo veremos, de la misma de una manera manifiesta a pesar de ser la normativa de contratación pública únicamente aplicable en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra al amparo de la competencia exclusiva que ostenta en virtud del artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral, que reconoce su competencia exclusiva sobre contratos y concesiones administrativas, sin más límite que el respeto a los principios esenciales de la legislación básica del Estado (legislación básica conformada por las directivas europeas sobre contratación pública, por lo que la normativa estatal no resulta de aplicación ni con carácter subsidiario).

Efectivamente, el artículo 93.1 LFCP, "*Perfección de los contratos*", establece que "*Los contratos de la Administración se perfeccionan mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación empleado*", resultando presupuesto de dicha perfección que la Mesa de Contratación únicamente pueda formular propuesta de adjudicación si la empresa que haya presentado la oferta más ventajosa ha aportado correctamente la documentación preceptiva, como resulta del artículo 54.4 de la citada normativa foral, que determina que "*el licitador a cuyo favor vaya a recaer la propuesta de adjudicación deberá acreditar la posesión y validez de los documentos exigidos en el plazo máximo de siete días desde que la mesa de contratación o la unidad gestora del contrato, en su caso, le notifiquen tal circunstancia*".

Consecuencia de lo señalado es que la resolución de adjudicación es creadora de derechos y obligaciones para las partes por lo que está sometida automáticamente a una suspensión durante el plazo de 15 días naturales desde la fecha de la remisión de la adjudicación, ex art. 93.2 LFCP, suspensión automática que no alcanza legalmente a otras decisiones recurridas distintas a la adjudicación del contrato, sin perjuicio de la facultad del licitador reclamante de incluir dicha solicitud como medida cautelar en la reclamación que interponga.

Sin embargo, el PCAP del contrato licitado ha configurado una adjudicación del contrato que ni lo perfecciona ni es generadora de derechos y obligaciones para las partes al prescindir del presupuesto necesario de una propuesta de adjudicación formulada por la Mesa de Contratación una vez acreditado el cumplimiento de todos los requisitos impuestos a las empresas adjudicatarias, mediante la presentación de la documentación requerida al efecto con carácter previo a la misma, máxime cuando el artículo 63 LFCP dispone que ni la propuesta de adjudicación que pueda formular una Mesa de Contratación sobre la oferta más ventajosa no es generadora de derechos.

De esta manera, la regulación examinada ha supuesto un traslado de la perfección del contrato desde la adjudicación a la formalización del mismo, y en tanto en cuanto no se perfeccione el contrato no se produce el efecto de suspender automáticamente la adjudicación porque hasta ese momento ningún derecho se ha generado para las empresas designadas adjudicatarias bajo la condición de que presenten la documentación requerida en el plazo de 7 días naturales, que no olvidemos que incluye la relativa a la acreditación de la capacidad de obrar que en nuestro derecho se configura como un requisito de admisión de las empresas a la licitación, máxime cuando a la vista del expediente remitido por la entidad contratante no se constata la existencia de un nuevo Acuerdo por parte de la Mesa del Parlamento de Navarra en el que se declare tal condición a la vista del correspondiente informe de la Mesa de Contratación sobre el cumplimiento por las empresas adjudicatarias de los requisitos exigidos para su admisión a la licitación.

De esta manera se advierte que, de conformidad con los PCAP aprobados por el órgano de contratación, la decisión impugnada, sin perjuicio de su recurribilidad por parte de la reclamante como licitadora perjudicada por la misma, ni constituye la decisión que pone fin al procedimiento de adjudicación en el que se inserta la presente reclamación ni, por tanto, la

misma estaba suspendida, efecto que ni resultaba de la propia decisión ni podía hacerlo de la LFCP de la que se apartó el PCAP en una cuestión tan trascendental.

Dicho de otro modo, la reclamación interpuesta frente a la citada decisión impugnada, en la medida que no se trata de la adjudicación del contrato, no ha conllevado la suspensión automática del acto impugnado prevenida en el artículo 210.4 LFCP, por lo que había que estar a la decisión que emitiera este Tribunal, de un modo expreso o presunto, sobre solicitud de la medida cautelar formulada en dicho sentido en la reclamación interpuesta, al amparo de lo dispuesto en el artículo 211.2 LFCP, que señala que *“En el mismo día en que reciba la petición de medida cautelar o en el que ésta sea subsanada, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra recabará de la entidad afectada el expediente administrativo o la documentación del contrato. El órgano de contratación dispondrá de dos días hábiles para presentarlo y para efectuar las alegaciones que considere oportunas. Transcurrido dicho plazo, se haya aportado o no la documentación requerida, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra resolverá motivadamente, en el plazo de cinco días hábiles. Finalizado dicho plazo sin que se haya notificado la resolución expresa, se entenderá desestimada la solicitud, salvo que se haya solicitado la suspensión de un acto o del procedimiento de licitación, en cuyo caso la falta de notificación en plazo tendrá carácter estimatorio de la solicitud de suspensión.*

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la suspensión automática del acto de adjudicación o del encargo a un ente instrumental cuando se presente una reclamación en materia de contratación pública contra dichos actos, de acuerdo con lo señalado en el artículo 210.4 de la presente Ley Foral”.

Pues bien, no habiéndose en este caso pronunciado el Tribunal sobre la suspensión de la resolución recurrida, transcurridos cinco días hábiles a contar desde el día 16 de junio, ha de entenderse que hasta el 26 de junio de 2017 no quedó suspendido el procedimiento de adjudicación, esto es transcurrido más de 30 días desde que fue dictada la decisión impugnada, sin que la entidad contratante hubiera realizado actuación alguna en orden a la continuación del procedimiento por cuya falta de ejecución se siente perjudicada.

En definitiva, a la vista del expediente de contratación resulta acreditado que el 26 de abril de 2017 el órgano de contratación acordó la adjudicación del contrato supeditándola a la presentación de la correspondiente documentación; el 5 de mayo de 2017 fue interpuesta reclamación frente a dicha adjudicación; el día 1 de junio fue emitido certificado técnico sobre

los problemas de acceso de las reclamaciones a la aplicación telemática gestionada por la Junta de Contratación Pública de Navarra; el 16 de junio la Secretaría del Tribunal requirió el expediente de la entidad contratante; el 20 de junio la entidad contratante remitió el expediente e informe de alegaciones; el 12 de julio la Secretaría asignó la ponencia del Acuerdo al Tribunal; el 14 de julio la Secretaría otorgó trámite de audiencia a otros licitadores; el 18 de julio se completó el expediente de reclamación con las alegaciones formuladas por la adjudicataria; el 21 de julio el Tribunal dictó Acuerdo advirtiendo a las partes de la posible existencia de causas de nulidad no alegadas, notificado el día 23 de julio; los días 27 y 28 de julio los interesados en la reclamación presentan alegaciones.

Consideración que ha de llevar a concluir, por un lado, a concluir que las empresas designadas adjudicatarias en la decisión impugnada no pueden alegar ningún derecho al contrato más allá de lo que pueda considerarse una simple expectativa, y, por otro, que el procedimiento de ejecución no estaba suspendido automáticamente ni a partir del dictado de la decisión impugnada ni como consecuencia de la interposición de la reclamación frente a la misma.

Así pues, las cláusulas anteriormente transcritas del PCAP aprobado al efecto por el órgano de contrato vulneran lo dispuesto en la LFCP en un extremo tan importante como el momento y las circunstancias y efectos de la perfección del contrato, obviando que el trámite previo a la misma correspondiente al requerimiento de la documentación debe realizarse al licitador que resulte propuesto adjudicatario por la Mesa de Contratación y no tras la adjudicación por el órgano de contratación, constituye una irregularidad que, además de haber tenido incidencia en lo que a la suspensión ex lege se refiere, determina que decaiga el argumento esgrimido por la entidad contratante sobre los perjuicios generados por no haberse podido iniciar la ejecución del contrato, toda vez que ni siquiera se ha concluido la adjudicación del mismo; y todo ello sin perjuicio de la posibilidad de impugnación del acuerdo en tal sentido adoptado por la Mesa del Parlamento de Navarra en atención a que por sus propios términos se configura como un acto de trámite cualificado y, por ende, susceptible de impugnación autónoma.

SÉPTIMO.- Como este Tribunal señaló en su Acuerdo 46/2017, de 21 de julio, procede analizar, a la luz de los principios rectores de la contratación pública, las dudas razonables que de un modo incidental se advirtieron sobre la legalidad de los pliegos que rigen la contratación en lo que concierne a la correcta calificación jurídica del contrato, las prestaciones que lo definen y su determinación, la justificación de la configuración del contrato y su adecuación a

derecho, lo que exige un examen detallado de los pliegos que rigen la contratación como ley del contrato que vinculan a las partes.

El contrato licitado y adjudicado por el Parlamento de Navarra "*para la renovación del sistema de votaciones, audio y video de la sede del Parlamento de Navarra*" consigna en las cláusulas primera, segunda y tercera del PCPA el objeto del contrato, las prestaciones que lo configuran, su régimen jurídico y su valor estimado.

"1.- OBJETO DEL CONTRATO

1. Constituye el objeto del presente pliego (PCAP) el establecimiento de las estipulaciones jurídicas, administrativas y económicas con arreglo a las cuales ha de efectuarse el contrato para el suministro, instalación, y puesta en marcha, de un nuevo sistema de votaciones, audio y vídeo para el edificio sede del Parlamento de Navarra.

2. Dichos trabajos se realizarán conforme a lo establecido en el Pliego de prescripciones técnicas particulares (PPTP), el pliego de mediciones y el anexo de esquemas, que junto con el presente pliego y sus correspondientes anexos, formarán parte del contrato que se firme con el adjudicatario.

3. El adjudicatario del suministro, instalación y puesta en marcha del nuevo sistema de votaciones, audio y vídeo será también el adjudicatario del mantenimiento de la nueva instalación durante un periodo de dos años desde el momento de la puesta en marcha de la Fase I de la nueva instalación.

Asimismo será el adjudicatario del servicio de asistencia técnica en las sesiones del Pleno de la Cámara, así como en otros actos para los que así lo requiera el Parlamento de Navarra, para lo que quedará fijado por contrato un precio/hora de Técnico de operación. Este precio incluirá todos los conceptos susceptibles de facturar (salidas, dietas, kilometraje, etc.) y será facturado mensualmente por los servicios realizados. En todo caso las horas facturadas serán las de estancia efectiva en la sede del Parlamento.

El alcance del mantenimiento y la asistencia técnica mencionados será el descrito en el apartado 3 del PPTP y en la oferta del adjudicatario.

2.- RÉGIMEN JURÍDICO

En cumplimiento de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, se adjudicará un contrato de suministro y asistencia, incluido en los siguientes epígrafes CPV (Common Procurement Vocabulary):

- 32320000-2 Equipo audiovisual y de televisión.*
- 32340000-8 Micrófonos y altavoces.*
- 32410000-0 Red de área local*

- 45311000-1 Trabajos de instalación de cableado y accesorios eléctricos.
- 50312000-5 Mantenimiento y reparación de equipo informático.
- 50340000-0 Servicios de reparación y mantenimiento de equipos audiovisual y óptico".

3.- VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO

1. El valor estimado del contrato es de 796.000,00 euros, IVA excluido, que se compone de los siguientes conceptos:

A) Renovación del sistema de votaciones, audio y vídeo.

a.1) Fase I (año 2017): importe máximo de 586.000,00 euros, IVA excluido.

a.2) Fase II (año 2018): importe máximo de 140.000,00 euros, IVA excluido.

Estos importes se financiarán con cargo a la partida "60310 – Instalaciones y Maquinaria" del presupuesto de gastos de la Cámara para 2017 y 2018, en proporción a su ejecución contractual y sujeto a la existencia de consignación presupuestaria adecuada y suficiente para ello.

B) Mantenimiento y asistencia técnica a sesiones.

b.1) Importe máximo mantenimiento para 2 años: 30.000,00 euros, IVA excluido.

b.2) Importe máximo precio/hora de Técnico de operación: 40,00 euros, IVA excluido.

Únicamente a efectos de valoración económica, se ha estimado un total de 1.000 horas de asistencia en un periodo de dos años

De este modo, el Parlamento de Navarra, según lo estipulado en el PCAP, licita un contrato de suministro y asistencia de valor estimado de 796.000 € para la renovación del sistema de votaciones, audio y vídeo, que incluye el suministro, instalación y puesta en marcha del sistema de votaciones, audio y video (con un valor estimado de 726.000 euros), su mantenimiento para dos años (30.000 €) y la asistencia técnica a sesiones (40.000 €, a razón de 40€/hora de Técnico mantenimiento)

Pues bien, nos encontramos en presencia de un contrato que cabe calificar de objeto múltiple por integrar varias prestaciones, diseño que ya con carácter general suscita dudas sobre su compatibilidad con los principios de libre concurrencia, en cuanto puede suponer una barrera para el acceso a los contratos públicos y afectar al principio de libre concurrencia y libertad de acceso a las licitaciones, particularmente en cuanto a las restricciones que pueden derivar para las pequeñas y medianas empresas.

Por dicha razón, el legislador europeo y nacional ha pretendido establecer unas normas mínimas cuya finalidad es evitar un uso indebido de la figura para así garantizar que la combinación de prestaciones de diversa naturaleza no suponga la quiebra de los principios de la contratación pública, por lo que la combinación de prestaciones en un solo contrato requiere un análisis previo por la entidad contratante para verificar que dichas prestaciones pueden ser fusionadas en un único contrato público, a la luz de la normativa y jurisprudencia aplicable.

El artículo 5 LFCP *Contratos mixtos*, establece que:

"1. Se entiende por contrato mixto aquél cuyo objeto corresponde a dos o más contratos de los regulados en esta Ley Foral.

2. A los efectos de la aplicación de las normas de publicidad y adjudicación de estos contratos se considerará como principal la prestación de mayor importe económico.

3. El régimen jurídico de estos contratos se determinará en las condiciones reguladoras del contrato, aplicando el régimen jurídico de cada prestación en la medida que sea compatible con la prestación principal. Excepcionalmente, podrá considerarse como prestación principal a la hora de determinar su régimen jurídico material la prestación más relevante de acuerdo con la finalidad del contrato".

Asimismo, el artículo 22 LFCP. *Objeto del contrato*, señala que:

"1. Los contratos tendrán por objeto un conjunto de prestaciones destinadas a cumplir por sí mismas una función económica o técnica.

2. El objeto del contrato deberá ser determinado y su necesidad o conveniencia para los fines públicos deberá ser debidamente justificada".

Por tanto, lo trascendente en la licitación de un contrato mixto como el que nos ocupa es, por un lado, la calificación del contrato resultante y, por otro, la determinación de si las prestaciones combinadas presentan las características requeridas por el artículo 22.1 LFCP para asegurar la correcta aplicación de la legislación contractual y la salvaguarda de los principios de contratación pública, principalmente en lo que concierne a la libertad de acceso a las licitaciones y concurrencia, y evitar así la huida del Derecho de la contratación pública.

En cuanto a la primera de las señaladas, la calificación del contrato no es una cuestión meramente dogmática sino que resulta decisiva en cuanto que una incorrecta tipificación del contrato público puede alterar las normas y los principios esenciales que deben regir en una licitación pública, tanto por lo que determina a su régimen jurídico como a sus normas de

preparación y adjudicación del contrato, entre las que ha de incluirse la exigencia y la acreditación de la capacidad y la solvencia de los licitadores, máximo cuando en la licitación participan licitadores que conforman una unión temporal de empresas (U.T.E)

En todo caso, hay que señalar que la previa calificación de un contrato en el pliego no excluye la posibilidad de que este Tribunal compruebe si tal calificación se ajusta a la legislación contractual y a las directivas sobre contratación pública, tratándose de una cuestión de orden público procedimental que no puede quedar al albur de la tipificación del contrato que realiza el órgano de contratación. En este mismo sentido se ha manifestado la doctrina reiterada por el Órgano de Recursos Contractuales de Euskadi, en Resoluciones 49/2013, 74/2013 y 16/2014, y por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resoluciones 154, 203 y 220/2001.

Y es que en Derecho, los contratos son lo que son según su naturaleza, abstracción hecha de la calificación dada por las partes (SSTS, Sala I, de 16 de mayo de 2000 y 3 de noviembre de 2010, así como STS, Sala III, de 10 de julio de 2008). Por ello, al margen de lo que dispongan los pliegos, será la auténtica naturaleza del contrato la determine tanto el régimen jurídico procedimental como el sustantivo que haya de servir de marco de referencia para enjuiciar las cuestiones de fondo que se plantean.

El objeto del contrato designa la prestación o prestaciones que se constituyen en obligaciones del contrato y en torno a las cuáles se configura el acuerdo de voluntades entre las partes. En este sentido, el Acuerdo 84/2015, de 10 de agosto de 2015, del Tribunal Administrativos de Contratos Públicos de Aragón, señala que "*El objeto de los contratos son las obligaciones que él crea, y esas obligaciones, a su vez, tienen por objeto prestaciones (sea de dar cosas, de hacer o de no hacer) que constituyen el objeto de la ejecución del contrato. Esta es la razón de que todas las entidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la legislación de contratos del sector público, tengan la obligación de determinar y dar a conocer de forma clara las prestaciones que serán objeto de adjudicación (...)*"

Por tanto, la calificación del contrato ha de resultar de su propia naturaleza y de las prestaciones que se imponen como obligaciones al adjudicatario, si bien también debe ponerse de manifiesto que el sólo error en la calificación del contrato no supone vicio de nulidad alguno, salvo que a consecuencia de ello se haya infringido algún precepto sustantivo o procedimental.

La Directiva 2004/18/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, ya derogada, sin utilizar la denominación de contratos mixtos, preveía la posibilidad de que un contrato de suministro o de servicios comprendiera prestaciones de otros tipos de contratos públicos, distinguiendo entre contratos que tuvieran por objeto al mismo tiempo servicios y suministros, la calificación jurídica y su régimen jurídico lo determinaba la prestación de más valor económico; y los contratos que tuvieran por objeto servicios o suministros y, de forma accesorio, obras, su calificación y régimen jurídica estaba determinada por el carácter principal u accesorio de los objetos.

El TJUE, en sentencias de la Sala Cuarta, de 6 de mayo de 2010, asuntos acumulados C-145/08 y C-149/08, apartado 48, y de la Sala Tercera, de 22 de diciembre de 2010, C-215/09, apartado 36, han declarado que para determinar la normativa aplicable a los contratos mixtos ha de estarse a la estipulación que constituye el objeto principal o elemento preponderante del contrato (STJUE, Sala Cuarta, de 6 de mayo de 2010, asuntos acumulados C-145/08 y C-149/08, apartado 48, así como STJUE, Sala Tercera, de 22 de diciembre de 2010, C-215/09, apartado 36), habiendo rechazado expresamente el empleo, como criterio delimitador exclusivo, del valor de las prestaciones cuando una de ellas sea propia del contrato de obras (STJCE, Sala Segunda, 21 de febrero de 2008, C-412/04, apartados 47-50), a diferencia de lo que sucede con contratos mixtos de servicios y suministros (STJCE, Sala Cuarta, 11 de junio de 2009, C-300/07, apartados 61-63).

Ahora la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, incorpora como una de sus novedades el régimen jurídico de los contratos mixtos, de aplicación directa desde el 19 de abril de 2016 por vencimiento del plazo máximo para su transposición, para referirse a la combinación de prestaciones correspondientes a contratos de distinto tipo, regulando expresamente la contratación mixta en el artículo 3 para señalar que *“los contratos que tengan por objeto dos o más tipos de contratación (obras, servicios o suministros) se adjudicarán conforme a las disposiciones aplicables al tipo de contratación que caracterice el objeto principal del contrato en cuestión”*, lo que determina que el régimen jurídico se resuelve en función del carácter principal o accesorio de las prestaciones que conforman el objeto.

Por tanto, obligatoria e independientemente de la importancia económica de las prestaciones, la adjudicación debe regirse por las normas de la Directiva comunitaria de

contratos públicos, en la cual, como señala la Junta de Contratación Administrativa en su Informe 29/2010, de 24 de noviembre, y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en Acuerdo 54/2013, de 23 de septiembre, la regla de la prestación más importante desde el punto de vista económico ha quedado relegada a la determinación del régimen jurídico aplicable a la adjudicación, que revierte en la que corresponde al objeto principal del contrato, sin perjuicio de que en cuanto al cumplimiento, efectos y extinción se apliquen las normas que correspondan a cada una de las prestaciones acumuladas.

Por tanto, siendo obligada la realización de una relectura del artículo 5.2 LFCP, a la luz de las normas que derivan de la Directiva 2014/24/ UE, es la prestación principal la que determina la calificación del contrato, por lo que en el supuesto de un contrato de objeto múltiple que incluya obras, debe justificarse en el expediente la calificación como principal o accesoria de dichas obras.

En suma, en hipótesis como en la que ahora nos encontramos, en los que el contrato mixto integra prestaciones de obras, ha de indagarse cuáles son las obligaciones esenciales que prevalecen y caracterizan el contrato por oposición a las accesorias o complementarias (STJUE, Sala Tercera, 26 de mayo de 2011, C-306/08, apartados 90 y 91).

El tema resulta especialmente relevante en el caso que nos ocupa, tal y cómo se suscitó en nuestro Acuerdo 46/2017, de 21 de julio, en el que se señala que *"la modalidad "llave en mano" que no se corresponde con un tipo contractual sino con una modalidad de contratación con origen en la contratación internacional cuyo objeto es la puesta en marcha de soluciones tecnológicas integrales, de manera que se funde en una misma persona la concepción y diseño y la ejecución a cambio de un precio a tanto alzado, lo que conduce a calificar el contrato de obra (...)"*

"(...)nos encontramos ante el supuesto previsto y regulado en el artículo 133 LFCP de contratación conjunta de proyecto y obra, que siempre debe tener carácter excepcional, y cuya justificación tampoco resulta de los pliegos ni del expediente de contratación, supuesto no previsto desde el momento en que no se regula como prestación del contrato en los PCAP pero sí se incluye en el PPTP el diseño del sistema a implantar y un proyecto de ejecución como documentación a ejecutar por el licitador que resulta adjudicatario, sin perjuicio de otras referencias a la Dirección facultativa"

(...) "Por tanto, no sólo no resulta de los pliegos ni del expediente de contratación la tipología contractual empleada por la entidad contratante sino que, además, el hecho de que

haya sido contratada por el Parlamento una asistencia técnica previa a la licitación que concluyó en un proyecto técnico y que incluye no sólo el asesoramiento técnico durante la licitación de la instalación, sino también la certificación final de los trabajos y la verificación de la puesta en marcha (...)

En definitiva, teniendo en cuenta que la modalidad contractual que la entidad contratante denomina "llave en mano" suscita dudas en relación con las prestaciones que concretamente conlleva en el caso de autos, resulta necesario determinar si estamos ante un proyecto "llave en mano" del que resulta una obligación de diseño integral de una solución tecnológica (asistencia), a la que se une la obligación de realización y puesta en marcha del proyecto (obra), caso en el que se configuraría un contrato mixto típico de asistencia y obra que integra equipamiento contemplado en el artículo 133 LFCP, o, por contra, estamos meramente ante una "llave en mano" si se entiende por tal un mero contrato de suministro que lleva aparejada la obligación de instalación de los equipos y en el que la instalación se configura como una obra accesoria, previsto en el artículo 4.3 LFCP.

Así, en el caso que nos ocupa, de la cláusula 1 PCAP resulta que el objeto del contrato comprende el suministro, instalación y puesta en marcha del nuevo sistema de votaciones, audio y vídeo, así como el mantenimiento de la nueva instalación durante un periodo de dos años desde el momento de la puesta en marcha de la Fase I de la nueva instalación y la asistencia técnica en las sesiones del Pleno de la Cámara, así como en otros actos para los que así lo requiera el Parlamento de Navarra, lo que se reconduce a prestaciones de suministro, obra y asistencia técnica.

Sin embargo, frente a lo señalado en el PCAP también hay que tener en cuenta que en el PPTP se regula en su cláusula 1, referida al objeto, que *"El presente procedimiento tiene por objeto desarrollar una solución "llave en mano" de diseño, suministro, instalación, integración y puesta en funcionamiento de los sistemas de audio, vídeo, conferencias, votaciones y difusión de resultados e información, de los espacios que se describen posteriormente en la memoria"*, lo que lleva a plantear si el PPTP modifica el objeto del contrato regulado en el PCAP al incorporar dentro de las prestaciones que configuran el objeto múltiple el diseño de los sistemas audiovisuales objeto de suministro e instalación.

Se añade, además, que "*Como fase inicial de ejecución del proyecto, el adjudicatario presentará a la Dirección facultativa el proyecto ejecutivo que realizará para la instalación en base a la propuesta ofertada*".

Asimismo, el PPTP, en la cláusula 3, "*Obligación a entregar*" establece:

"3.4.2 Documentación Ejecución. Proyecto ejecutivo.

Una vez firmado el contrato con el adjudicatario, y antes del inicio de la fabricación, el contratista deberá entregar a la dirección facultativa los siguientes planos de detalle:

Alzados y secciones acotados de todas las cajas, armarios y paneles de conexión de audio / vídeo a instalar, incluyendo descripción de los conectores utilizados, códigos de identificación, serigrafiado, así como muestras de acabados y/o colores de los paneles.

Planos de detalle de todos los componentes diseñados a medida.

Planos de integración de cajas de conexión y dispositivos audiovisuales en mobiliario y pavimentos.

Planos constructivos y de ubicación de equipos una vez haya sido efectuado el replanteo en obra por parte del adjudicatario de las instalaciones audiovisuales. Será condición indispensable que estos planos hayan sido revisados por la Dirección facultativa antes de proceder a su ejecución.

Antes del inicio de la instalación y montaje del sistema, el contratista deberá entregar a la dirección facultativa los siguientes planos y diagramas:

Pliego de prescripciones técnicas particulares (PPTP) Página 12 de 87

Diagramas de bloques funcionales o planos "as built" de los sistemas de audio, vídeo y control, en los que se identificará claramente cada equipo, especificando su marca y modelo. Se etiquetarán claramente todos los terminales de entrada y salida de cada equipo, utilizando la misma nomenclatura empleada por el fabricante.

Alzados de racks.

Planos de detalle a escala 1:2 de cajas y paneles de conexión, indicando la numeración exacta de cada conector, las dimensiones y el acabado de cada panel.

Estos planos de detalle se enmarcan dentro del primer borrador ejecutivo del proyecto que deberá de ser aprobado por la Dirección facultativa una vez realizadas las verificaciones pertinentes en cuanto al cumplimiento de todas las especificaciones y funcionalidades recogidas en el PPTP, pliego de mediciones, anexo de esquemas y oferta presentada. Las fechas de presentación de este borrador deberán enmarcarse en la memoria con la metodología del plan de trabajo según lo dispuesto en los apartados 3.3 y 3.4.1.

Una vez concluida la instalación,

□ *Se incluirán, en los diferentes espacios técnicos audiovisuales, la documentación gráfica especificada en el presupuesto, relativa a los diagramas “as built” de los diferentes sistemas.*

□ *Se redactará un manual de operación, asumiendo que el lector es técnicamente competente, pero no está familiarizado con esta instalación en particular.*

□ *Se entregarán los códigos fuentes de la programación del sistema de control para posibles modificaciones en el futuro”.*

A lo señalado procede unir que la entidad contratante en el informe de alegaciones remitido con fecha 27 de julio de 2017 por el Parlamento de Navarra hace constar que *"lo que se deja abierta es la posibilidad de desarrollar una solución de diseño, suministro y puesta en marcha de los sistemas de audio, vídeo, conferencias, votaciones y difusión de resultados e información de los espacios que se describen posteriormente en la memoria(...)*

Este es el motivo por el que la solución ofertada por el licitador que resulte adjudicatario se convertirá en el proyecto definitivo siempre que la Dirección facultativa compruebe previamente su idoneidad y el cumplimiento de todos los requisitos, especificaciones técnicas, condiciones generales y funcionalidades descritas en el PPTP, en el pliego de mediciones y en el anexo de esquemas".

Es decir, en principio, la entidad contratante entiende incluido el diseño dentro de las obligaciones impuestas a la empresa adjudicataria dentro del cumplimiento de la prestación. Y, en este sentido, no se pueden obviar las continuas referencias que se realiza en el informe de valoración de las propuestas técnicas al "diseño solución", a "las soluciones" o a "los sistemas" ofertados por los licitadores.

Sin embargo, lo cierto es que es la propia entidad contratante quien, posteriormente, en la quinta de sus alegaciones, realizadas en torno a la correcta calificación del contrato, señala que *"el contrato que nos ocupa tiene por objeto el suministro, instalación y puesta en marcha de un nuevo sistema de votaciones, audio y video para el edificio sede del Parlamento de Navarra, previéndose, asimismo, la adjudicación conjuntamente del mantenimiento y asistencia técnica del nuevo sistema (cláusula 1 PCAP)",* con lo que se desdice de lo señalado anteriormente omitiendo la prestación de diseño contemplada inicialmente y se centra en una prestación de suministro que comprende equipamiento y los trabajos de instalación, además de la asistencia del mantenimiento y reparación de los equipos, calificándola de "solución técnica integral".

Empero, las dudas que acarrearán las incongruencias de la regulación resultante de los pliegos que rigen el contrato, reforzadas por la confusión introducida en sus informes remitidos al Tribunal por parte de la entidad contratante, se disipan desde el momento en que resulta del expediente la existencia de un Acuerdo de la Mesa del Parlamento de Navarra de fecha 16 de enero de 2017 que aprueba el proyecto técnico emitido por la empresa Niotec Consultoría e Ingeniería, S.L.L. para la renovación integral de la instalación audiovisual y sistema de votaciones del Parlamento de Navarra, que se compone de un pliego técnico, un pliego de mediciones con valoración económica, un anexo con los esquemas de las distintas instalaciones, y un cronograma estimado para la realización de los trabajos.

Así resulta del Informe de los Servicios Generales de 17 de enero de 2017 del expediente de contratación que forma parte del expediente de contratación, en el que se hace constar lo siguiente:

"Con todo ello se daba por finalizada la Fase I del contrato de asistencia técnica firmado con dicha ingeniería para llevar a cabo el proyecto. La Fase II consiste en el asesoramiento técnico durante el proceso de licitación de la nueva instalación, y la Fase III en la supervisión de los trabajos de instalación y montaje, certificación final de los trabajos, y verificación de la puesta en marcha.

Una vez entregado y aprobado dicho proyecto técnico, y a partir del mismo, procederemos ahora a su ejecución, para lo cual es necesario licitar los trabajos de suministro, instalación y puesta en marcha del nuevo sistema de votaciones, audio y vídeo para el Parlamento de Navarra".

Dicho de otro modo, la concepción y diseño de los trabajos para la renovación integral de la instalación audiovisual, sistema de conferencias y votaciones fue contratado por el órgano de contratación con una ingeniería externa con carácter previo a la licitación que nos ocupa, al objeto de que fuera diseñado por su parte una solución técnica integral materializada en el proyecto técnico aprobado por la Mesa del Parlamento, que incluyen los PPTP, pliego de mediciones y anexo de esquemas que han constituido los pliegos técnicos que han regido la propia licitación, planificándose la misma como la fase de ejecución del citado proyecto. Y como complemento necesario de ello, se incluye dentro del contrato de aquella asesoría técnica el asesoramiento técnico durante todo el procedimiento de licitación, comprensivo de la asistencia a la Mesa de Contratación en sus funciones de valoración técnica de las ofertas, la

supervisión de los trabajos de instalación y montaje, certificación final de los trabajos y verificación de la puesta en marcha.

Por tanto, pese a la utilización realizada por la entidad contratante del concepto "llave en mano", hay que aclarar que el contrato licitado y adjudicado no encaja en la modalidad de contratación de Proyecto llave en mano, que se caracteriza por la puesta en marcha de un diseño integral concebido y diseñado por la misma persona a cambio de un precio a tanto alzado, y que incluye el suministro del equipamiento a instalar, ajustado a la tipología de un contrato mixto típico de asistencia y obra del artículo 133 LFCP

Por lo señalado, tampoco estamos en presencia de un contrato de obra como base de una prestación principal porque, a pesar de que en los pliegos se utiliza reiteradamente los términos "solución" o "sistema" para definir el objeto de la contratación, así como de "puesta en marcha" del funcionamiento del sistema, esa "puesta en marcha" no constituye la obligación esencial que se impone al adjudicatario, que es el suministro de equipos, y cómo tal no constituye la prestación principal, que además no tiene carácter autónomo en si misma, sino que se identifica con la propia instalación del suministro, obra accesoria, incidiendo en que la instalación debe estar totalmente ultimada para que los equipos tengan plena utilidad para ser utilizada una vez recepcionada por la entidad contratante.

Dicha consideración resulta, por otra parte, congruente con las prestaciones que configuran el objeto del contrato en los PCAP, revelándose que las contradicciones que frente al mismo resultan del PPTP evidencian su defectuosa redacción porque se trata de un documento no apto para regular derechos y obligaciones de las partes ni para configurar prestaciones del contrato toda vez que su función debe quedar reducida a la única regulación técnica de las prestaciones, razón por la cuál no puede modificar el PCAP en sentido alguno, y menos introducir una modificación o ampliación del objeto del contrato regulado en aquél, como así fue señalado por este Tribunal en su Acuerdo 18/2015, de 6 de marzo, en el sentido de que *"En esta tesitura, no puede aceptarse la interpretación que ofrece la entidad adjudicadora porque significaría asumir la invasión por parte del PPTP de los aspectos reservados por la legislación al PCAP, además, de forma discrepante frente a lo regulado en el mismo.*

Siendo que la configuración legal de ambos documentos no aparece dibujada en la legislación de una forma determinada, resulta comúnmente admitido que el PCAP, que determina el régimen jurídico del contrato, rige el procedimiento contractual y los derechos y deberes de las partes en la ejecución del contrato, mientras que el PPTP, que sirve para definir

el objeto del contrato y sus características técnicas, siendo de alcance más limitado que aquél, sólo afecta a la naturaleza o cualidades de la prestación como objeto físico y funcional, por lo que debe limitarse al establecimiento y definición de los aspectos técnicos que debe reunir el objeto de la prestación.

Así, el artículo 45 LFCP se refiere al PCAP señalando que en el mismo "se fijarán previamente los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, en sus aspectos jurídicos, administrativos y económicos", y el artículo 45.2 de la misma establece que "Establecerán los criterios de adjudicación del contrato determinando, en su caso, si alguno de ellos es esencial..."

Por otra parte, el artículo 46 LFCP, denomina PPTP a las "especificaciones técnicas para la ejecución del contrato"

Por tanto, en este caso, cuando la incongruencia entre las cláusulas de los PCAP y los PPTP de una licitación impide conocer con claridad las condiciones básicas del contrato y por tanto la forma en la que los licitadores deben realizar su oferta, la conclusión no puede ser otra que la nulidad de los pliegos que rigen el procedimiento, ya que la oscuridad de las cláusulas no puede perjudicar a los eventuales licitadores".

Y esta misma doctrina fue acogida también por nuestro Acuerdo 56/2016, de 11 de noviembre, que especifica que, tratándose el PCAP y el PPTP de dos documentos diferentes y de contenidos específicos, cualquier discrepancia debe quedar resuelta de acuerdo con el principio de especialidad, teniendo cada uno el cometido que se ha señalado, lo que determina que el PPTP no puede regular aspectos reservados al PCAP, entre los que se encuentran el objeto del contrato, las prestaciones que lo conforman y los derechos y obligaciones resultantes para las partes, más allá de lo que exceda de los requerimientos técnicos de la prestación.

Asimismo, la conclusión alcanzada queda reforzada por los propios requerimientos técnicos que se imponen a las ofertas a presentar por los licitadores en el propio PPTP, que queda complementado con el Pliego de Mediciones, los Esquemas de las distintas instalaciones y un cronograma estimado para la realización de los trabajos, todo ello formando parte del proyecto técnico elaborado por la empresa Niotec Consultoría e Ingeniería, S.L.L que fue aprobado por Acuerdo de la Mesa del Parlamento de 16 de enero de 2017 para la renovación integral de la instalación audiovisual y sistema de votaciones del Parlamento, documentos técnicos que configuran los requerimientos técnicos a los que deben ajustarse los equipos que integran los sistemas audiovisuales a suministrar e instalar.

Y de la misma manera, el proyecto ejecutivo a elaborar por la empresa licitadora que resulte adjudicataria del contrato y a aprobar por la Dirección facultativa, "*que realizará para la instalación en base a la propuesta ofertada*", una vez firmado y como fase inicial de ejecución del proyecto, cumple únicamente la función propia de un proyecto de obras (instalación del equipamiento suministrado), ni más ni menos, exigido preceptivamente en el artículo 128 LFCP con carácter previo a su ejecución al objeto de definir con precisión del objeto del contrato, sin que por ello pueda acoger otra finalidad ajena a las obras de instalación requeridas ni en modo alguno conllevar posibles modificaciones de la oferta presentada, particularmente en cuanto al suministro se refiere.

En definitiva, no queda sino calificar el contrato licitado como contrato de suministro que incluye la instalación requerida para la puesta en marcha del equipamiento, si bien no en atención a las razones sustancialmente esgrimidas por la entidad contratante en su informe de alegaciones, basadas en el mayor valor económico de los equipos a suministrar sobre la obra a realizar, sino por el carácter accesorio de las obras que tienen un carácter instrumental que no es otro que la instalación del equipamiento suministrado.

De esta manera, las dudas suscitadas en el Acuerdo de este Tribunal 46/2017, de 21 de julio, quedan del todo despejadas en la línea atisbada en el mismo, toda vez que el órgano de contratación ha optado de manera clara y contundente por desgajar el proyecto requerido de llave en mano en dos contratos distintos, separando así las prestaciones de diseño de las de suministro e instalación.

Y en línea con lo señalado, tal como se incidió en el citado Acuerdo, la complejidad deducida por la entidad contratante del objeto de la licitación no puede ser tal cuando se recurrió de modo previo a la contratación de una asistencia técnica especializada a prestar por una empresa de ingeniería con el objeto de que su actuación no quedara reducida únicamente a la concepción y diseño del proyecto, sino a monitorizar todo el procedimiento de adjudicación, al adicionar a la elaboración de todos los documentos técnicos bajo los cuales los licitadores debían elaborar sus ofertas, la asistencia a la Mesa de Contratación, la aprobación del proyecto ejecutivo de instalación, certificación de obras y pleno control de la ejecución del contrato licitado (instalación y puesta en marcha), mediante la supervisión del mismo.

Así se justifica en el informe de alegaciones del Parlamento de Navarra de 27 de julio, que señala que "*Derivada de esta complejidad, y ante la falta de personal técnico propio en el Parlamento, se debió concurrir a la contratación del asesoramiento de una empresa de*

ingeniería con el fin de disponer de criterio suficiente en la elaboración de un proyecto base, así como para poder valorar todos los cambios de sistemas de las distintas propuestas que difieran del mismo pero que cumplan con las funcionalidades mínimas requeridas, y como garante de que las soluciones finales funcionen en base a las necesidades del Parlamento. Con la contratación de la ingeniería el Parlamento pretendió buscar la libertad en la presentación de propuestas y marcas, de tal forma que pudiera valorar con criterio objetivo las propuestas".

Pues bien, conforme a lo expuesto, y a pesar de la confusión introducida por la entidad contratante, no sólo a través de los pliegos que rigen la contratación, particularmente causada por una deficiencia regulatoria del PPTP sin soporte legal que la ampare, sino también por medio de las afirmaciones realizadas a veces en sentido contrario en los informes aportados a este procedimiento de reclamación, se puede concluir sin ningún atisbo de duda que, en el caso que nos ocupa no ha existido licitación de un proyecto llave en mano.

Y es que no puede ser otra la conclusión alcanzada puesto que la concepción y el diseño del contrato objeto de adjudicación, con todas sus particularidades técnicas, se contrató, por razones de complejidad técnica, como asegura la propia entidad contratante, de manera previa a la licitación, mientras que la complejidad técnica que conlleva las prestaciones de suministro e instalación licitadas quedan aseguradas mediante la acreditación de la solvencia técnica requerida en el PCAP a las empresas licitadoras.

Consecuencia de todo lo expuesto es que el proyecto técnico que los pliegos imponen elaborar por la empresa que resulte adjudicataria debe concretarse únicamente al requisito exigido en el artículo 128 LFCP de elaboración de un proyecto previo a las obras de instalación al objeto de definir con precisión las obras a realizar pero sin afectación alguna a la configuración del contrato de suministro tal como pudiera resultar de la oferta de la adjudicataria seleccionada como más ventajosa.

OCTAVO.- Definido el contrato mixto como aquél que aglutina prestaciones correspondientes a contratos diversos, el artículo 22. 1 LFCP contiene una regla por la cuál sólo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a contratos diferentes cuando esas prestaciones estén destinadas a cumplir por sí mismas una función económica o técnica, esto es, constituyan una unidad funcional en el sentido de que las prestaciones sean instrumentales y estén vinculadas para alcanzar un fin público, limitaciones que deben ser interpretadas a la luz de la doctrina emitida por los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales y la

jurisprudencia comunitaria y de la normativa comunitaria que resulta aplicable y que propugna la división de los contratos en lotes como medida para aumentar la competencia.

La Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales de 4 de septiembre de 2013 ha señalado al respecto que el máximo respeto al principio de concurrencia determina que la vinculación entre las prestaciones exige que sea material y no meramente subjetiva ni tampoco formal, es decir *"que las prestaciones vinculadas deben ser aquellas que tengan una relación material directa porque las materias a las que afecten versen sobre unas cuestiones muy próximas(...), que las prestaciones puedan calificarse como complementarias desde el punto de vista material, por que sólo esta circunstancia puede obligar a que puedan calificarse como una unidad funcional (...)"*

Además, la complementariedad ha de ser exigida desde un punto de vista jurídico y no económico, pues la citada resolución establece también que *"No basta, a estos efectos, el que el órgano de contratación haya sostenido la existencia de vínculos y de relaciones de complementariedad y funcionales sobre la existencia de posibles sinergias entre todas ellas(...). Entendemos que no es necesario porque las exigencias establecidas en el artículo 25.2 deben analizarse en términos jurídicos y no económicos o de oportunidad (...)"*.

En definitiva, la fusión de prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto tiene carácter excepcional y sólo puede darse cuando las prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una necesidad pública, de un fin institucional del ente contratante, debiendo tratarse de una vinculación material y no formal o subjetiva, de forma que las materias a las que afecten versen sobre cuestiones muy próximas.

A lo señalado hay que unir que la citada vinculación debe ser directa, excluyendo todos los supuestos de vinculación tangencial o indirecta, y la relación de complementariedad se prevé que sea de tal intensidad que obligue a tratar al conjunto de las prestaciones fusionadas como un todo funcional, que persiga la consecución de una necesidad de la entidad contratante, lo que no quiere decir que los objetos contractuales no sean susceptibles de prestación independiente sino que las prestaciones sean instrumentales para la consecución de un mismo fin.

Dichos requisitos, que deben quedar suficientemente justificados por la entidad contratante en el expediente de contratación, constituyen verdaderos límites a la libertad de pactos que pueden suscribir las partes contratantes al amparo del artículo 30 LFCP, para la salvaguarda de los principios rectores de la contratación pública en cuanto la integración de contratos en un sólo contrato pueden suponer, como se ha prevenido, una barrera para el acceso a los contratos públicos y afectar al principio de libre concurrencia y libertad de acceso a las licitaciones, especialmente para las pymes.

Porque si la integración de todas las prestaciones en un contrato puede tener sentido para incrementar su eficacia o la posible eficiencia en la ejecución de las prestaciones, que en todo caso habrá de ser justificada por la entidad contratante durante la tramitación del expediente, y, a su vez, aprovechar las economías de escala que posibilitan tan integración, como ha señalado el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, junto a la lógica del principio de eficacia y eficiencia juega también como otro principio a proteger, el de que no haya efectos restrictivos sobre la competencia, lo que ha de llevar a analizar el diseño del contrato.

Así, corresponde al juicio del órgano de contratación, la decisión motivada de la contratación conjunta o fraccionada en uno o varios lotes independiente, conforme al análisis realizado por el Tribunal Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 247/2012, de 7 de noviembre, que manifiesta que *“es principio básico y recto de la contratación de sector público el de eficiencia “eficiente utilización de los fondos públicos”,...con la opción (que asiste al órgano de contratación dentro e los límites del artículo 86.3 del TRLCSP) entre la integración de las diversas prestaciones en un solo contrato sin división de lotes o el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes, exige tomar en consideración distintos aspectos como son, principalmente: 1) el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división del mismo en lotes; 2) la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones resultante del tratamiento unitario del contrato; 3) el aprovechamiento de las economías de escala que posibilita el hecho de que todas las prestaciones se integren en un único contrato sin división en lotes; y 4) la optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento más efectivo si el contrato se adjudica a una sola empresa y no a varias como podría ocurrir si se estableciesen lotes. Ahora bien, el artículo 1 del TRLCSP sanciona también, como principios básicos y rectores de la contratación del sector público, la libertad de acceso a las licitaciones, la no discriminación e igualdad de trato y, en fin, la salvaguarda de la libre competencia.*

Así, es resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios eficacia y eficiencia de la contratación pública, y, más concretamente, los aspectos antes indicados, de una parte, y libertad de a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra parte lo que debe erigirse en pauta para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes. (...)

Continuando dicha línea argumental, dicho órgano revisor, en Resolución 927/2014, de 18 de diciembre, anula un pliego referido a servicio de telecomunicaciones porque la motivación de la licitación de las distintas prestaciones es genérica y no se justifica de forma real y concreta la solución adoptada para integrar en un único contrato los servicios de telefonía fija, telefonía móvil, servicios de acceso a Internet e interconexión con centros y sedes, con cita de la Resolución 52/2013 *“La motivación requerida debe interrelacionar las distintas prestaciones recogidas en el objeto del contrato de modo conclusivo, es decir, analizando la relación entre ellas y por qué razón o razones entiende la administración contratante que su licitación debe ser unificada”*.

Refuerza dicha doctrina la STJ Madrid 13463/2014, de 23 de octubre, que resuelve sobre la pretensión que insta la declaración de nulidad de los Pliegos porque los objetos de los contratos que se pretenden contratar son múltiples, discordantes y antagónicos, tratándose de una situación de unión e integración en una misma convocatoria de licitación de objetos de contrato que son susceptibles de contratación independiente, infringiendo los Pliegos los principios de libertad de acceso a las licitaciones, igualdad de trato y no discriminación por acumulación innecesaria de objetos en un mismo contrato, anulando dichos pliegos con base en las siguientes consideraciones:

"De los preceptos anteriores se desprende, sin que haya lugar a ningún género de dudas, que es posible licitar de forma conjunta la contratación de diferentes prestaciones, siempre que cada una de éstas se defina independientemente de las demás, lo que en el caso de contratos de servicios significa al menos determinar con claridad y precisión los trabajos objeto de cada una de las prestaciones, su presupuesto y el precio a pagar efectivamente por cada una o el sistema de fijación del mismo. Asimismo, cada una de las prestaciones habrá de constituir una unidad susceptible de realización y aprovechamiento por separado, lo que permitirá establecer también su recepción independiente e igualmente su forma de pago.

Cuestión distinta es si puede imponerse que la contratación de todas las prestaciones se efectúe con un único empresario, estando cada licitador obligado a presentar oferta a la totalidad del contrato, como ocurre en el caso presente, o bien se permita, como suele ser

habitual cuando se contrata por lotes independientes, que los licitadores puedan presentar su oferta o proposición a uno, a varios o a todos los lotes del contrato, de forma que su contratación puede efectuarse igualmente con uno o varios empresarios. El TRLCSP y el Reglamento no prejuzgan esta cuestión y no prohíben expresamente que un contrato por lotes se licite para su contratación conjunta con un único empresario, o con una única unión temporal de empresas, de forma que cada licitador venga obligado a presentar proposición a todos y cada uno de los lotes .

Sin embargo, hay que tener en cuenta también que, tal como establece el artículo 1 del TRLCSP y se desprende de las normas comunitarias, la contratación del sector público ha de ajustarse, entre otros, a los principios de libertad de acceso a las licitaciones , no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y asegurar una eficiente utilización de los recursos mediante la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

En consecuencia, si bien es necesario definir individualmente las diferentes partes o lotes objeto de contratación y fijar con precisión las prestaciones y el precio de cada una cuando hay una pluralidad de objeto, la decisión de reunir las en un único contrato con un sólo empresario deberá ser adoptada en su caso justificadamente por el órgano de contratación y establecerse así en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, considerando en su caso no sólo razones de eficiencia que sean ciertas o estén comprobadas, sino también las circunstancias que concurran en las empresas de los sectores correspondientes a las actividades objeto del contrato, concretamente, las que afectan a la competencia y se refieren a sus posibilidades de prestar simultánea y eficazmente servicios de muy diferente naturaleza.

(...) La licitación en lotes favorece en el caso presente la competencia y participación de las empresas, siendo principios que informan la contratación pública la libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad y transparencia en los procedimientos, la no discriminación y la igualdad de trato a los licitadores y candidatos, la búsqueda de la máxima eficiencia en la utilización de los fondos públicos y en el procedimiento, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Por lo demás, no puede justificarse ni presuponerse, que el Ayuntamiento vaya a obtener en todo caso beneficio alguno de interés general en forzar a priori la integración en un único contrato y con un único adjudicatario la prestación de los servicios mencionados. Más probable es que suceda lo contrario: si se obliga a que sólo puedan participar en la licitación aquellas empresas que oferten a la totalidad de los diversos servicios objeto del contrato, se corre el riesgo de excluir empresas especializadas que podrían haber formulado ofertas muy

ventajosas, incluso las más ventajosas, a la parte o lote de servicios correspondiente a su especialidad.

Es decir, en lugar de promover la concurrencia, se restringiría ésta sin ninguna justificación real basada en magnitudes medibles o cuantificables y en criterios ciertos sobre el beneficio o ventaja que tal forma de proceder aporta para el Ayuntamiento o para el interés general que representa. Y ello, además, cuando, por otra parte, en una licitación por lotes convencional, en la que los candidatos puedan presentar oferta a uno, a varios o a la totalidad de lotes, también puede ocurrir que una misma empresa o unión temporal resulte adjudicataria de todos ellos, pero en ese caso, si ocurre, sería como consecuencia de haber presentado la oferta económicamente más ventajosa en todos y cada uno de ellos, lo que sí se ajusta a los principios que han de regir la contratación pública.

En cuanto al aprovechamiento de las economías de escala que la Resolución recurrida sostiene que posibilita la integración de todas las prestaciones en un único contrato hemos de recordar que las economías de escala se producen cuando disminuyen los costes unitarios de una empresa como consecuencia de una ampliación de su producción, pero referida a un mismo bien o servicio que ella produce, no porque se le demanden productos o servicios de otras empresas o sectores de actividad. Por ejemplo, pueden inducirse economías de escala si los municipios de una zona constituyen una mancomunidad que contrata para toda la zona varios servicios, en lugar de hacerlo cada uno para su término municipal, o cuando una central de compras adquiere bienes o servicios comunes para un conjunto de entidades o Administraciones, en lugar de adquirirlos cada una por separado, pero eso no es lo que ocurre en el caso presente.

Por lo demás la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE en sus considerandos 78 y 79 recuerda que debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME, siendo preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos», que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME. A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes.

Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el

contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases posteriores de los proyectos, y si bien la magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador, está obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes y cuando decida que ello no es conveniente, el informe específico o los pliegos de la contratación deben incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador; por su parte el art 46 de la Directiva, excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del precepto, exige a los poderes adjudicadores que motiven y expresen las principales razones por las cuales hayan decidido no subdividir en lotes"

Efectivamente, tal y cómo recoge la sentencia analizada, la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, de aplicación directa desde el 19 de abril de 2016, por tanto aplicable a los pliegos que rigen el contrato objeto de examen cómo ya se dijo, incorpora como otra de sus novedades la que afecta a la configuración de los procedimientos de licitación en relación con la división del contrato en lotes, que se constituye como regla general con la finalidad de dar cabida a la adjudicación a favor de las pequeñas y medianas empresas, sin necesidad de que las prestaciones del contrato sean susceptibles de aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional.

Así, su Considerando 2, incidiendo en el carácter estratégico de la contratación pública para el cumplimiento de los objetivos sociales, señala que *"la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020»), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas de conformidad con la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo), a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes"*

Asimismo, el Considerando 78 sanciona el principio general de división en lotes atendiendo a criterios cuantitativos, capacidad de las pymes, y cualitativos, las necesidades y

peculiaridades de pequeñas y medianas empresas, estableciendo que "*Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME. Es preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos*", que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME. A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores, en particular, a dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases ulteriores de los proyectos.

La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador, el cual, de acuerdo con las normas pertinentes en materia de cálculo del valor estimado de la contratación, debe estar autorizado a adjudicar algunos de los lotes sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva. El poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial. Cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación deben incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. Estas razones podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato"

Por su parte, el artículo 46, "*División de contratos en lotes*", viene a sancionar el principio general "divide o justifica", señalando que:

1. Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes.

Excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del presente artículo los poderes adjudicadores indicarán las principales razones

por las cuales han decidido no subdividir en lotes. Dicha decisión se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico al que se refiere el artículo 84".

En definitiva, la entidad contratante tiene libertad para decidir si divide en lotes el contrato o no y, en su caso, su configuración, pero siempre con la obligación de justificar la no división en el informe de necesidad, en el anuncio de licitación o en los pliegos reguladores, cuando así lo decida.

En el marco jurídico expuesto, procede examinar la justificación ofrecida por la entidad contratante para no dividir el contrato en lotes y optar, por el contrario, para interrelacionar distintas prestaciones de modo unificado en un sólo contrato, justificación que no puede basarse en meras referencias genéricas de eficacia o de eficiencia sin analizar las posibles restricciones o limitaciones que la licitación puede causar sobre el acceso de las empresas, particularmente sobre las pequeñas y medianas empresas, y que ha de concretarse a la vista de las determinadas prestaciones que quedan unidas en un sólo contrato bajo la ejecución de sólo empresario.

En este sentido, el artículo 40 LFCP dispone que el "*expediente de contratación se iniciará mediante un informe razonado de la unidad gestora del contrato, exponiendo la necesidad, características y valor estimado de las prestaciones objeto del contrato(...)*", que debe ser completado con el artículo 35 LFCP, del cual deriva la obligación de la entidad contratante de justificar que el precio del contrato es adecuado al mercado, de modo particular en el caso de la integración de diversas prestaciones en un solo contrato.

Lo señalado revierte en un análisis de las justificaciones incorporadas por la entidad contratante en el expediente de contratación relativas a la elección del diseño del contrato y a las razones que han fundado dicha elección, decisión sobre el diseño que no es en absoluto neutra en cuanto resulta determinante a los efectos de poner a analizar los problemas que se pueden suscitar en el acceso de los licitadores al contrato, al respeto al principio de competencia y a la selección de la oferta más ventajosa para la satisfacción del interés público al que debe someterse el contrato licitado.

No olvidemos que la integración de todas las prestaciones en un solo contrato conlleva que todos los licitadores están obligados a presentar una oferta para la totalidad del contrato, resultando excluidas aquellas empresas especializadas de la parte de los servicios que corresponden a su especialidad, decisión que ha de ser adoptada a la vista de la magnitud del

contrato y de los gremios o empresas especializadas implicadas en conjunción con las razones que asisten al órgano de contratación para realizar tal elección.

Pues bien, examinado el expediente de contratación, ni de los pliegos ni del informe de necesidad emitido por Servicios Generales del Parlamento de Navarra resultan las razones por las que la entidad contratante no ha dividido el contrato en lotes, justificación que como hemos advertido ha devenido obligatoria desde el 19 de abril de 2016 para todos los poderes adjudicadores, lo que ya de por sí revela un incumplimiento de la normativa sobre contratación pública sancionada con la nulidad de pleno derecho.

Asimismo, el Acuerdo de este Tribunal 46/2017, de 21 de julio, hizo constar que, en aplicación del artículo 22.1 LFCP, la exigencia de que exista una unidad funcional opera como causa justificativa de la combinación de diversas prestaciones en un único contrato, justificación que tampoco resulta de los pliegos ni del expediente de contratación, y que obviamente va a imponer determinados requisitos de acreditación de capacidad y solvencia de los licitadores de los empresarios que se propongan tomar parte en la licitación.

Respecto de la justificación del diseño del contrato por el que se adiciona en un sólo contrato las prestaciones de suministro, instalación y puesta en marcha de las instalaciones de audio, vídeo y megafonía de la sede del Parlamento de Navarra, en el informe de necesidades del contrato se expone que *"El presente procedimiento no incluye sólo el suministro, instalación y puesta en marcha de las nuevas instalaciones, sino que está previsto que a partir de la recepción conforme por el Parlamento de Navarra de la Fase I, el adjudicatario sea también el responsable de la instalación durante un periodo de dos años, así como el encargado de la asistencia técnica a los plenos y otros actos para los que el Parlamento solicite su intervención. Además la instalación contará con un período de dos años de garantía"*.

Por su parte, la entidad contratante, cumplimentando el trámite de audiencia conferido por el Acuerdo 46/2017, de 21 de julio, en su informe remitido el 27 de julio de 2017 invoca razones de complejidad del contrato para justificar la asociación del suministro de equipos y su instalación, toda vez que se requieren conocimientos técnicos muy especializados para la instalación de los equipos suministrados que también requieren de formación especializada; razones totalmente lógicas no cuestionadas por este Tribunal, asistiendo en este sentido razón a la entidad contratante para requerir a todos los efectos que en los licitadores concurra el requisito de ser empresas suministradoras a la vez que instaladoras, lo que exigirá acreditar los

correspondientes requisitos de capacidad y de solvencia a los licitadores participantes en la licitación. En definitiva, se trata de prestaciones, suministro y obra, que integran el contrato típico de suministro contemplado en el artículo 4.2 LFCP.

Sin embargo, por el contrario, no queda justificada la integración con las prestaciones examinadas de suministro e instalación de las asistencias que se adicionan para el mantenimiento de las instalaciones durante dos años y para la asistencia presencial a los plenos y en los casos que así lo requiera el Parlamento de Navarra.

Respecto de la adición del contrato de mantenimiento durante dos años al contrato de suministro, el informe emitido por la unidad gestora del contrato únicamente hace constar *“el interés de que sea la instaladora quien lleve ahora el mantenimiento los primeros años es que ante cualquier eventualidad sea la misma empresa instaladora la encargada de su resolución y no sea posible derivar la responsabilidad hacia terceros. Por este motivo se les solicita a los licitadores que dentro de su propuesta técnica incluyan el precio del mantenimiento, cuyo máximo no deberá exceder de 15.000.000 euros anuales, IVA excluido”*.

Empero, de conformidad con la doctrina examinada sobre contratos combinados, las razones esgrimidas para su licitación conjunta con el suministro ni siquiera pueden acogerse desde una perspectiva organizativa o de eficacia, menos por razones de eficiencia o de limitaciones de acceso a la licitación de las pequeñas y medianas empresas, porque el objeto del mantenimiento queda solapado con las obligaciones de garantía del empresario suministrador e instalador, mínima de 2 años y ampliable según oferta técnica hasta 6 años más; garantía que, en principio y sin perjuicio del contenido de la garantía comercial otorgada, debe incluir el correcto funcionamiento de toda la instalación realizada como la realización de las incidencias que deban resolverse, comprensiva tanto de su resolución mediante la correspondiente reparación como de la oportuna sustitución de equipos, amén de la responsabilidad general para con el cumplimiento del contrato y asunción de los vicios resultantes del objeto del suministro, que en ningún caso es posible diferir a un tercero, todo ello bajo el control de la ejecución del contrato por parte de la unidad gestora responsable del mismo.

Al hilo de lo señalado, garantía y mantenimiento no presentan en el contrato una delimitación suficiente toda vez que la cláusula 3.7 PPTP establece que:

“El sistema completo deberá estar garantizado durante un periodo mínimo de DOS AÑOS desde la fecha de aceptación de cada una de las Fases por parte del Parlamento de

Navarra. El periodo de garantía de los componentes individuales será el indicado por el fabricante del equipo, siempre que éste sea superior a dos años.

Durante este plazo, el adjudicatario se compromete a reemplazar sin coste para el Parlamento de Navarra todos aquellos elementos (mecánicos, eléctricos y/o electrónicos) de todos y cada uno de los equipos, elementos y unidades de obra suministrados y ejecutados que presenten irregularidades en su funcionamiento, operación o ejecución imputables a defectos de fabricación o instalación.

También se responsabiliza de las actualizaciones de software y firmware que sean necesarias para que los equipos instalados se encuentren al día de prestaciones en la fecha final de la garantía. En el caso de que este hecho no se llevase a cabo a la finalización del periodo de garantía, el Parlamento de Navarra repercutirá al adjudicatario el cargo de las actualizaciones necesarias que no se realizaron durante este periodo.

Será responsabilidad del contratista dar de alta la garantía del fabricante de cada equipo, en nombre del Parlamento de Navarra. Dicha alta deberá hacerse efectiva en la fecha de aceptación del sistema.

Con el término garantía se entiende que en caso de fallo de cualquier tipo, en la infraestructura o parte integrante de la misma, el elemento averiado será sustituido o reparado en los plazos especificados en la propuesta del licitador sin coste alguno para el Parlamento de Navarra y sin que ello afecte al normal funcionamiento de dichos sistemas.

El adjudicatario presentará en su oferta los compromisos de tiempo máximo de reparación o sustitución de dichos equipos.

En caso de inclusión y/o sustitución de nuevos componentes en los sistemas objeto del contrato durante la vigencia del mismo, sean por cuenta del adjudicatario o no, el adjudicatario asumirá su garantía en condiciones iguales a las que haya ofertado para equipamiento de características similares al incorporado. Si los componentes incorporados cuentan con su propia garantía, el adjudicatario podrá hacer uso de ella para cumplir con la obligación detallada en este punto”.

Por su parte, en la cláusula 8.2, Operaciones específicas de Mantenimiento, se incluye, con carácter orientativo tanto el mantenimiento preventivo (manejo y vigilancia de las instalaciones) y mantenimiento correctivo, en el que se incardina la corrección de las anomalías y problemas detectados y, concretamente, servicio de respuesta, repuestos y reparaciones del servicio técnico oficial, con lo cual si no toda, la mayor parte del contenido del contrato del mantenimiento, licitado para un plazo de 2 años, se superpone a la obligación de garantía del proveedor y fabricante de los equipos, de modo que se está licitando y valorando

económicamente una prestación que forma parte de otro contrato, máximo cuando el período de garantía se ha elevado contractualmente a 6 años desde la fecha de instalación de los equipos.

Específicamente, en el mantenimiento correctivo se incluye (apartado 3.8.2.5) las actuaciones de resolución de mal funcionamiento de los sistemas objeto de la adjudicación, actuaciones correctivas, revisión y corrección bajo demanda, tareas de reparación o sustitución de elemento de hardware y de software, recuperación de copias de seguridad y soporte de asistencia técnica, todas las primeras coincidentes con la ya mencionada obligación del suministrador y fabricante de los equipos y las dos últimas encuadrables en la prestación de asistencia técnica también licitada.

Así, la atención de las incidencias y averías de las que debe responder el adjudicatario, con o sin licitación del mantenimiento de los equipos, deben ser incluidas por los licitadores en un Plan Operativo de Mantenimiento (apartado 3.8.2.1) junto con el mantenimiento preventivo que deberá alcanzar un mínimo de 128 horas por año a definir por el licitador, con lo que la duplicidad de obligaciones es evidente.

A mayor abundamiento, en el apartado de repuestos y reparaciones, se alude (página 17 PPTP) que para los repuestos que no estén en garantía pero que forman parte del mantenimiento correctivo se podrá confeccionar por el Parlamento de Navarra una lista de proveedores habituales para requerir precios para un mismo repuesto o material, cláusula que además de ser difícilmente viable en la práctica para los dos años de contrato de mantenimiento, significaría, en principio, instaurar una suerte de procedimiento de compra al margen de toda licitación pública.

Pero si, como se ha visto, se constata una confusión entre la prestación de suministro e instalación, en la que se inserta la obligación de garantía, con la prestación de mantenimiento por un plazo de 2 años, las sinergias también se atisban entre esta última y la prestación de asistencia técnica presencial cuando ya dentro del citado apartado 3.8.2.5, Mantenimiento correctivo. Avisos y atención de averías, se establece que *“Por lo tanto, los operadores y técnicos que están trabajando en eventos en algunos de los espacios relacionados deberán tener la capacidad de realizar operaciones sencillas de mantenimiento y/o reparación que aseguren la continuidad del servicio”*.

Y a este respecto, llama la atención que en el informe de valoración técnica de las ofertas de los licitadores se haga constar que en la oferta realizada por la UTE Telesonic-Ostiz

incluye a disposición del Parlamento equipamiento que disponen para eventos en cantidad importante para la solución de problemas en instalaciones, puesta a disposición que no es sino un suministro de equipos.

Por lo que concierne a la asistencia técnica a los Plenos y otros actos que se requieran la presencia de la adjudicataria por el Parlamento, se solicita a los licitadores la fijación de un precio/hora de Técnico de operador, con un máximo de 40,00 euros/hora, IVA excluido, en el que ha de entenderse incluido todos los conceptos susceptibles de facturación (salidas, dietas, kilometraje, etc), siendo facturado mensualmente únicamente la estancia efectiva en la sede del Parlamento. A modo puramente informativo se ha estimado que el número de horas anuales para este concepto será de 500, por lo que para los dos años sería de 1.000 horas.

Nada se dice, sin embargo, por qué deben ser las empresas suministradoras de los equipos a instalar las que, además del mantenimiento, presten, a su vez, una futura asistencia técnica presencial que no se concreta fuera de los supuestos de la presencia en plenos, y cuya determinación queda sujeta a la única y exclusiva discrecionalidad de la entidad contratante, lo que supone una absoluta indeterminación del objeto del contrato, que resulta obvia a la luz del PCAP pues, no recoge una suficiente delimitación del objeto del contrato como lo exige el artículo 45 LFCP, al señalar que deberá contener los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes, resultando obvio que una condición básica definidora de los derechos y obligaciones es la descripción del objeto contractual.

A este respecto, dicha indeterminación, tal y cómo este Tribunal ya se pronunció en el Acuerdo 65/2016, de 28 de diciembre, supone un defecto esencial del contrato que conlleva la propia inexistencia del contrato, a la luz de los artículos 22.2 y 34. c) LFCP, así como de los artículos 1261.2º; 1271 y 1272 del Código Civil, que requieren que el objeto del contrato debe ser determinado o determinable, es decir, que tengan la identificación suficiente sin necesidad de sujetarse como único criterio de determinación al mero arbitrio de una de las partes contratantes, lo que significaría, hacer depender del pleno arbitrio de la parte contratante la validez y el cumplimiento del contrato, prohibido por el artículo 1256 Código Civil. Así, la falta de determinabilidad del contrato supone la falta de objeto y, en definitiva, la falta de contrato.

Pero es que, además, dicha indeterminación supone limitar la participación de los licitadores y vulnerar los principios de concurrencia, transparencia, igualdad y no

discriminación, en definitiva, causante de un vicio de nulidad de pleno derecho de conformidad con el art. 126. 2.a) LFCP en relación con el artículo 47.1 a), de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por cuanto dicho objeto es la base que delimita su presupuesto, valor estimado y derechos y obligaciones de los licitadores, vulneración manifiesta no únicamente en el momento de confeccionar sus ofertas sino en el mismo momento de su valoración, toda vez que resulta imposible la valoración de ofertas que en modo alguno pueden ser homogéneas.

En este mismo sentido, el Acuerdo 84/2015, de 10 de agosto de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, señala que *"El objeto de los contratos son las obligaciones que él crea, y esas obligaciones, a su vez, tienen por objeto prestaciones (sea de dar cosas, de hacer o de no hacer) que constituyen el objeto de la ejecución del contrato. Esta es la razón de que todas las entidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la legislación de contratos del sector público, tengan la obligación de determinar y dar a conocer de forma clara las prestaciones que serán objeto de adjudicación. Cualquier acepción genérica o confusa, comporta para el licitador inseguridad jurídica. De este modo, en función de la descripción utilizada por la Administración para definir las prestaciones que comprende el negocio jurídico a celebrar, los empresarios advierten su objeto del contrato y el objeto social del licitador.*

En este sentido, en el anuncio de licitación y en los pliegos de condiciones, siempre se debe señalar con la mayor exactitud posible el objeto y alcance de las prestaciones que se desean contratar, de forma capaz para concurrir a la licitación, a través de relación entre el que los operadores económicos puedan identificarlas correctamente y en su caso, decidir presentar sus ofertas. Y es por ello que el objeto del contrato, conforme al artículo 115.2 TRLCSP, debe contenerse en el PCAP, como recuerda el Informe 35/08, de 25 de abril de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado —«Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre contenido básico de los pliegos de cláusulas administrativas particulares comunes para todo tipo de contratos administrativos».

Sin embargo, nuevamente, se comprueba que el PPTP, de forma defectuosa, procede a fijar el contenido de la prestación examinada, regulándola en todos sus extremos: características de los servicios a realizar, principales tareas a realizar, equipos, herramientas y medios auxiliares, invadiendo así, irregularmente, la reserva legal otorgada al PCAP, llamando particularmente la atención que, además de lo señalado, se apunte una previsión de modificación contractual del objeto del contrato al incluir una nueva prestación de suministro:

alquiler de equipos audiovisuales complementarios para el desarrollo de eventos, de los que no dispone el Parlamento de Navarra, a las propias empresas de alquiler que atienden el evento, previo presupuesto aprobado.

Así, la cláusula “3.9.1 Características de los servicios a realizar” PPTP señala lo siguiente:

Se exige la presencia del técnico o técnicos necesarios para la operación de los medios audiovisuales y preparación del evento. Los servicios serán prestados por la empresa adjudicataria utilizando el equipo profesional y humano recogido en su oferta, cubriendo los perfiles exigidos en este pliego, que resulten necesarios para hacer posible su cumplimiento en forma y plazo.

La preparación con antelación de los medios audiovisuales a utilizar en los eventos que se desarrollen en los espacios definidos en este documento, así como en cualquier otra dependencia del Parlamento para los que se solicite el servicio.

Colaboración con el Parlamento de Navarra en la definición de las necesidades de medios audiovisuales para los eventos, si así lo requiere el Parlamento o las empresas de alquiler que atienden al evento.

Cuando la realización de un evento precise de equipos no disponibles en el Parlamento, la empresa adjudicataria se encargará, si así se solicitase por parte del Parlamento de Navarra o por parte de la empresa de alquiler que atienden al evento, de gestionar el alquiler de los equipos complementarios necesarios para el desarrollo de los eventos, así como asegurar la disposición de los mismos. Para ello se presentará al Parlamento de Navarra o a la empresa de alquiler un presupuesto que deberá ser aprobado antes del evento.

La empresa adjudicataria tomará todas las medidas inmediatas necesarias si durante la ejecución de cualquier evento se produjera una incidencia o avería en los equipos audiovisuales.

La empresa adjudicataria se encargará del manejo de las instalaciones audiovisuales del Parlamento de Navarra cuando se requiera por necesidades del evento.

La empresa adjudicataria será responsable del buen desarrollo de los eventos en cuanto al uso y la utilización de cualesquiera medios audiovisuales que el Parlamento de Navarra ponga a su disposición. Por tanto, es responsabilidad de la empresa adjudicataria que todos los medios y sistemas audiovisuales funcionen correctamente y estén plenamente disponibles en todo momento.

En caso de necesidad, sustitución provisional de equipos averiados por otros de características similares que permitan mantener el normal desarrollo de las actividades y

eventos. La sustitución deberá realizarse de la forma más inmediata posible, según lo previsto en el apartado de mantenimiento”.

De esta manera, el PPTP encubre una cláusula de la que resulta la posibilidad de adjudicar a futuro, nuevamente a discrecionalidad de la entidad contratante, otros suministros relacionados con eventos que no tienen relación alguna con el objeto del contrato licitado, además de que no se concretan ni cuantitativa ni cualitativamente, tampoco son valoradas ni estimadas a efectos de integrar el valor estimado del contrato a los efectos exigidos por el artículo 24 LFCP, es decir, no se licitan, en la medida que se considera que el licitador que resulte seleccionado podrá resultar adjudicatario directamente de los contratos de la naturaleza señalada por el precio del presupuesto presentado y aceptado, que quedarán excluidos de la necesaria concurrencia competitiva entre licitadores, suponiendo de facto la habilitación de un supuesto de modificación contractual fuera de los supuestos y de los requisitos exigidos en el artículo 105 LFCP, sin licitación previa y al margen de todo procedimiento legal, por lo que, en definitiva, vendrían a constituir sendas adjudicaciones directas, carentes de toda cobertura jurídica.

En todo caso, tanto la jurisprudencia y la doctrina han venido manteniendo que los contratos de asistencia tienen por objeto fundamentalmente un resultado que se ha de lograr mediante una actividad dirigida por el contratista pero no se toma como objeto la actividad en si misma considerada independiente de su resultado final, debiendo tener por objeto un objeto concretado en actividades excepcionales y no habituales de la Administración y no un conjunto difuso de actividades normales y permanentes del ente contratante, requisito que no concurre en el caso de autos por que lo que las labores a realizar por un Técnico de operación tienen acomodo en una contratación de personal y no en un contrato de asistencia.

Por tanto, a lo referido inicialmente hay que unir que la prestación señalada como objeto de dicha asistencia presencial no obedece a necesidades de la entidad contratante de tipo coyuntural, cualidad que ha de ser inherente a un contrato de asistencia, si no que, por el contrario, se corresponde con las tareas propias de naturaleza funcional necesarias para el normal desenvolvimiento de la actividad institucional del Parlamento de Navarra, toda vez que se trata, en principio, de prestar asistencia a los plenos, lo que exige que sean realizadas por los empleados públicos seleccionados en procedimientos conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad que garanticen la objetividad e imparcialidad necesaria, de conformidad con

el artículo 9.2 LBEP y en consecuencia nulas de pleno derecho, de conformidad con el artículo 126.4 LFCP en relación con el artículo 6.3 Código Civil, con las consecuencias predeterminadas para los supuestos de nulidad de los actos preparatorios del contrato, como por aplicación del número 4 del art. 47 Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Publicas, por lesión de un derecho fundamental (art. 23 en relación con 103 CE), en relación con el artículo 126.2.a) LFCP.

Como corolario de lo expuesto, no sólo no resulta justificada en el expediente de contratación la necesaria complementariedad entre las prestaciones de mantenimiento y asistencia técnica entre sí y con las de suministro e instalación de este contrato, sino que también hay que concluir que la interrelación de las citadas prestaciones ha producido el efecto de limitar el acceso a la licitación en lo que respecta al mantenimiento y a la asistencia técnica presencial en Plenos y otras que sean requeridas por el Parlamento, desde el momento en que determinan los requisitos de capacidad y solvencia económica y técnica exigible a los licitadores, impidiendo a pequeñas empresas y profesionales acceder así a la posibilidad de prestar dichos contratos porque su capacidad económica, el objeto social de la empresa y la experiencia del dominio que puede acreditar no es la propia de un contrato de suministro e instalación de la cuantía licitada (796.000 euros)

Por ello, unir de modo inexorable la licitación de la asistencia técnica presencial a Plenos y el mantenimiento con el suministro e instalación ha supuesto una vulneración del principio de competencia como lo demuestra el hecho, que resulta de la documentación presentada por la adjudicataria dentro del sobre nº 1, de que la misma es una Unión Temporal de Empresas (UTE) constituida por una Sociedad Anónima Unipersonal al 90% y una sociedad limitada al 10%, con la particularidad de que únicamente la primera es la única que acredita la totalidad de la solvencia técnica requerida en el pliego para poder licitar mientras que la segunda no acredita solvencia alguna, ni siquiera para las prestaciones del mantenimiento, a lo que hay que unir que un examen de la documentación relativa a la solvencia técnica presentada, parte de la cuál ha sido declarada confidencial por el órgano de contratación, revela que, en principio, la segunda de las empresas únicamente aporta personal destinado a la prestación de asistencia técnica requerida para las sesiones del Parlamento u otras y sin relación alguna con el resto de prestaciones.

Lo señalado, sin perjuicio de que las prestaciones objeto del contrato son, asimismo, el referente para la determinación de las reglas de capacidad, por lo que debe coincidir con la

actividad que desarrolla la empresa licitadora y debe estar amparada por su objeto social, lo que se traduce, a pesar de que el mismo deba ser objeto de una interpretación amplia, en que dichas prestaciones deben estar comprendidas en los fines, objeto o ámbito de la actividad de la empresa, toda vez que la capacidad de obrar de las personas jurídicas se definen por su objeto social, como así lo han declarado los informes 54/96, 4/99, 20/00 y 32/03 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, el Informe 8/05 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña y el Informe 11/02 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Illes Balears, y cuya falta determina la nulidad de pleno derecho.

A mayor abundamiento, en el caso de las empresas que concurren a una unión temporal, que constituyen una asociación temporal para participar en una licitación y prestar, en su caso, un contrato, manteniendo su propia personalidad jurídica, no cabe que sólo una de las empresas de la UTE cubra las prestaciones que constituyen el contrato, debiendo exigirse el cumplimiento del requisito de capacidad de obrar a cada una de las empresas que, agrupadas en una unión temporal, concurren a una licitación, como señaló la Junta de Contratación Administrativa de las Islas Baleares en su Informe 11/08, de 30 de abril de 2009, requisito imposible de advenir por parte de este Tribunal porque como ya se advirtió en el fundamento quinto de este Acuerdo, la entidad contratante no ha aportado a la reclamación dentro del expediente remitido la documentación prevista en la cláusula 12 PCAP entre la que se encuentra el certificado del Registro Voluntario de Licitadores de la Comunidad Foral de Navarra o las correspondientes escrituras notariales, siempre que previamente la haya requerido en este sentido.

Porque, sin perjuicio de que con carácter general la constitución de UTEs para licitar es una técnica común, en la práctica absolutamente legal, reconocida en este sentido en el artículo 10 LFCP, en la medida que sirva para integrar la capacidad y la solvencia de las empresas que la conforman, y en alguna medida fomentada como herramienta para permitir a las empresas de menor tamaño acceder a los contratos públicos, la constitución de una UTE por parte de empresas que pueden participar en una licitación autónomamente, y que, por tanto, no necesitan este mecanismo para participar, puede resultar contrario a la competencia, máximo cómo cuando en el caso de autos se une a un planteamiento de adición artificiosa de prestaciones diferentes en un sólo contrato.

Pero otra muestra también del diseño artificioso del contrato, en lo que a las prestaciones se refieren es, que otras empresas licitadoras de este procedimiento que no han

resultado adjudicatarias, tratándose de empresas suministradoras e instaladoras de equipamiento audiovisual, debían proceder a subcontratar la ejecución de las prestaciones de mantenimiento y asistencia técnica presencial con otras empresas cuyo compromiso acreditan, que además forman parte de su mismo grupo empresarial, lo que revela que la magnitud y tipología de los contratos no se corresponden con la capacidad de las empresas licitadoras.

Las consideraciones expuestas han de llevar a declarar la nulidad de los pliegos en lo que se requiere la licitación conjunta con el suministro, instalación y puesta en marcha del sistema de audio, vídeo y megafonía con el mantenimiento y la asistencia técnica presencial a las sesiones del Parlamento y a otros eventos así requeridos, que infringen el artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE y que en ningún caso pueden ser consideradas inseparables ni constituyen unidad funcional en sentido jurídico requerido por el artículo 22 LFCP .

NOVENO.- Por lo que respecta a las cuestiones planteadas en la reclamación, la sociedad reclamante “VITEL, S.A.” se alza frente la resolución de adjudicación del contrato de suministro reseñado a las empresas Telesonic S.A.U.-Ostiz Audiovisuales, S.L., al entender que no resulta ajustado a derecho por incumplimiento de la proposición de los adjudicatarios de las prescripciones técnicas del contrato, bajo sanción de exclusión de la licitación, por error material en la valoración de su oferta técnica que ha supuesto claramente discriminatoria para los licitadores distintos de la empresa adjudicataria y por su indebida admisión a la licitación por falta de solvencia técnica o profesional.

Así, en primer lugar, la empresa reclamante alega dos motivos de impugnación: el incumplimiento por la UTE adjudicataria del contrato de los requerimientos técnicos regulados en el PPTP como requisitos técnicos de carácter mínimo y la existencia de arbitrariedad en el informe de valoración técnica de las ofertas, si bien en su exposición ambas cuestiones quedan enlazadas de un modo directo bajo el prisma de la existencia de una infracción, en la fase de valoración de las ofertas, de los principios rectores de la contratación pública, transparencia, igualdad y no discriminación recogidos en el artículo 21 LFCP que han de regir la contratación, y a reclamar la nulidad de pleno derecho del acto impugnado con retroacción del procedimiento al momento de admisión de las ofertas técnicas con exclusión de las incumplidoras de los PPTP.

Respecto del supuesto incumplimiento aducido, alega la parte reclamante que las valoraciones contenidas en el informe de valoración se apartan del contenido del PPTP que establecía una serie de requisitos indispensables que debían presentar las ofertas de todos los

licitadores en su perjuicio porque, habiendo dado su oferta técnica cumplimiento a todas las características exigidas en el PPT, la adjudicataria no sólo no resultó excluida de la licitación sino que, además, las puntuaciones técnicas obtenidas por las proposiciones de ambas no refleja la mayor calidad que aporta su oferta, notoriamente superior porque existió un error en la valoración de la oferta de la adjudicataria que le ha supuesto obtener una puntuación de 4 puntos menos en la puntuación técnica, lo que le llevó a no resultar que su oferta fuera la más ventajosa.

Sin embargo, no es la señalada la percepción que ofrece la entidad contratante, pues en los informes remitidos en el curso del procedimiento de reclamación viene a considerar no sólo que en la oferta de las empresas adjudicatarias no concurren los incumplimientos pretendidos por la reclamante, sino que tales incumplimientos no existen en la oferta de ninguna otra licitadora y, lo que es más, no cabe la exclusión de ninguna de las proposiciones presentadas porque por el propio diseño del contrato como "llave en mano" no es posible apreciar incumplimiento alguno en ese aspecto.

Así, la entidad contratante, en el informe evacuado y elevado junto con el expediente de contratación, se opone a todas las alegaciones de la reclamante bajo el argumento no sólo de entender que en la documentación técnica de la oferta de la adjudicataria sí consta una mención expresa a las características cuyo incumplimiento se alega sino también porque, fundamentalmente, la contratación realizada es "LLAVE EN MANO", tal como consta y se incide en el PPTP, por lo que cualquier omisión en algún elemento o actividad deberá incluirse y quedará integrado si es preciso para el funcionamiento correcto y adecuado de todos los sistemas objeto de la contratación y de su correcta y adecuada funcionalidad y operatividad (punto 1 . Objeto PPTP), explicando que *"Esto se hace como único modo de garantizar que es responsabilidad del adjudicatario que el sistema, una vez finalizado, esté completamente operativo, tal y como se señala también en el punto "1. Objeto" del PPTP (página 5)"*

Asimismo, se incide en que en el pliego se contempla que el licitador que resulte adjudicatario deberá presentar el proyecto ejecutivo definitivo en el que se realizarán las modificaciones necesarias para el cumplimiento de todas las especificaciones y funcionalidades recogidas en el PPTP, previa aprobación por la dirección facultativa y sin repercutir cargo alguno al Parlamento de Navarra.

En este punto se indica por la entidad contratante que en las ofertas de todos los licitadores se contienen "aspectos negativos" que deben ser modificados por el adjudicatario con carácter previo al inicio de la ejecución. *"Se trata del método habitual de trabajo en proyectos de instalación complejos como el que nos ocupa, ya que las propuestas teóricas de los licitadores deben por fuerza adaptarse a la realidad de las instalaciones, algo que no puede llevarse a cabo a priori sino que se acomete con la elaboración del proyecto ejecutivo definitivo realizado in situ"*

Fijadas así las posiciones de las partes, la cuestión primaria que se deriva de las mismas es si el PPTP regula requerimientos técnicos mínimos que deben ser cumplidos por todas las ofertas de los licitadores bajo sanción de exclusión de la licitación, postura adoptada por la parte reclamante, o, por el contrario, si los licitadores no deben acreditar requerimiento técnico alguno de sus ofertas porque única y exclusivamente se imponen al adjudicatario del contrato, con lo cual no puede resultar excluida ninguna oferta por incumplimiento de prescripciones técnicas, que es la línea defendida por la entidad contratante, cuestión que ha de llevar de forma inexorable al examen de los pliegos que rigen la licitación en este aspecto.

A este respecto, resulta oportuno recordar la doctrina consolidada por este Tribunal, en línea con el resto de Tribunales de Contratación (sirva por todas, las Resoluciones 56/2011, de 11 de septiembre, y 35/2012, de 28 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales) y con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2009) de que los pliegos que rigen la licitación y ejecución de los contratos constituyen la ley de los mismos y tienen fuerza vinculante tanto para los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como para los órganos de contratación. Ello significa que, de no haber sido impugnados en tiempo y forma y declaradas nulas algunas de sus cláusulas, deben ser aplicadas todas ellas en su integridad, sin perjuicio de la facultad que cabe a este Tribunal de dejar sin efecto en todo momento las que sean nulas de pleno derecho, circunstancia que no concurre en el presente caso.

Las prescripciones técnicas constituyen instrucciones de carácter técnico con arreglo a las cuales debe ejecutarse la prestación del contrato, y en el supuesto concreto del contrato de suministro enjuiciado, se refieren a los requisitos que definen el producto objeto de contratación y, por lo tanto, implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar y las prestaciones vinculadas a ellos, que las ofertas de los licitadores han de cumplir en cuanto, como se ha dicho, la presentación de sus proposiciones implica la plena aceptación de sus

cláusulas o condiciones, de manera que la oferta que no las cumpla no puede continuar en el procedimiento de licitación.

En este sentido, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi ha señalado en su Resolución 97/2013, de 21 de octubre de 2013, que *"De forma preliminar, se ha de indicar que las prescripciones técnicas cumplen dos funciones. Por un lado, realizan una descripción del objeto del contrato para que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo y, de otro, exponen los requisitos mensurables que servirán para evaluar las ofertas y constituyen los criterios mínimos de cumplimiento. Si no se exponen de manera clara y correcta, acarrearán de forma inevitable la presentación de ofertas que no sean adecuadas. Tendrán que rechazarse las ofertas que no cumplan las especificaciones técnicas"*.

De la misma manera, la Resolución 151/2016, de 1 de julio de 2016, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía, ha expresado al respecto que *"El cumplimiento de los requerimientos mínimos del PPT es condición necesaria para que la oferta siga en el proceso selectivo, por lo que aquel cumplimiento obligado nunca puede ser valorado ya que es el suelo del que debe partirse en la evaluación de las ofertas. Por tanto, solo aquellas proposiciones que mejoren los requisitos mínimos fijados en la licitación y/o los aspectos técnicos definidos en el pliego para su valoración podrán recibir puntos"*.

Por su parte, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución nº 985/2015, de 23 de octubre de 2015, ha señalado que

"Sexto. En cuanto a la cuestiones planteadas hemos señalado que el artículo 145.1 del TRLCSP establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, mención al pliego de condiciones particulares que se extiende al pliego de prescripciones técnicas (Resoluciones 4/2011, de 19 de enero, 535/2013, 22 de noviembre).

También señalamos, en la Resolución 250/2013, de 4 de julio, que "una cosa es que las condiciones que afectan exclusivamente a la ejecución del contrato (...) sólo puedan exigirse al adjudicatario del mismo y en el momento preciso de su ejecución (Resolución 211/2012), y otra bien distinta es que sean admisibles las ofertas en las que la propia descripción técnica no se ajuste a las características requeridas en el pliego de prescripciones. En este último caso, sí que cabe la exclusión del licitador (como acuerdan por tal motivo las resoluciones 246/2012, 91/2012, 90/2012, 219/2011), pero no en el primero, porque no es razonable adivinar ni

presumir que el adjudicatario, que ha asumido la obligación de ejecutar la prestación con arreglo a la legislación vigente vaya a incumplir dicho compromiso (Cfr.: Resoluciones 325/2011 y 19/2012)”. En consecuencia, es exigible que las proposiciones se ajusten en su descripción técnica al contenido del pliego de prescripciones técnicas o documentos contractuales de naturaleza similar en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato, sin que sea necesario que el pliego de cláusulas administrativas particulares prevea expresamente la exclusión de aquellas ofertas que no se ajusten al pliego de prescripciones técnicas (entre otras Resoluciones 548/2013, 29 noviembre, 208/2014, de 14 de marzo, 490/2014, de 27 de junio, 763/2014, de 15 de octubre).

(...) En suma, es criterio consolidado de este Tribunal el que establece la obligación de adecuar la descripción técnica en las ofertas presentadas a lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas, siendo la consecuencia necesaria de este incumplimiento la exclusión de la oferta al no adecuarse a las especificaciones establecidas por el órgano de contratación.

Pero también señalamos que “debe tenerse en cuenta que las exigencias de dichos pliegos de prescripciones técnicas deben ser interpretadas y aplicadas de manera que no supongan obstáculos indebidos a los principios generales que guían la contratación administrativa (libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y eficiente utilización de los fondos públicos en conexión con el principio de estabilidad presupuestaria), recogidos en el art 1 del TRLCSP. En este mismo sentido, se pronuncia el art 139 TRLCSP cuando exige que: <<Artículo 139. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia>>

En consonancia con ello, debe interpretarse el art. 84 del reglamento actualmente aplicable, que realiza una regulación muy precisa de los casos en los cuales los defectos en la proposición por defectos formales o por no ajustarse a las exigencias mínimas de los pliegos pueden dar lugar a la adopción de la decisión administrativa de excluir una proposición de la licitación”(Resolución 613/2014, de 8 de septiembre), por lo que “no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato” (Resolución 815/2014, de 31 de octubre)

A ello añadiremos que el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro.

Así, no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa pueda valorar la adecuación de la ofertas al cumplimiento del objeto del contrato.

Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar.

Solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión. De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos.

Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado".

Por tanto, en línea con la doctrina emanada de los Tribunales de Recursos Contractuales, recogida por este Tribunal en su Acuerdo 1/2017, de 4 de enero, tenemos que señalar que las prescripciones técnicas, en la medida que no se configuren como condiciones de ejecución del contrato exigibles únicamente al adjudicatario, constituyen requisitos mínimos de las ofertas de los licitadores cuyo cumplimiento obligado se constituye en condición necesaria para que la oferta siga en el proceso selectivo, lo que significa que nunca pueden ser valoradas aquellas ofertas que no los cumplan por tratarse del suelo del que debe partirse en la evaluación de las ofertas.

La resolución del asunto enjuiciado requiere examinar, por tanto, si la actuación de la entidad contratante ha sido ajustada al régimen jurídico de la contratación pública conformado por la LFCP, y, en especial, por el PCAP y el PPT, que constituyen, como hemos señalado, ley del contrato, lo que en el caso de autos se traduce en el examen de la regularidad de la propuesta de adjudicación efectuada a favor de las empresas Telesonic, S.A.U. y Ostiz Audiovisuales, S.L.

Por su parte, el punto 3.4.1 PPTP “*Documentación concurso: propuesta técnica*” establece que “*La propuesta técnica de los licitadores deberá reflejar claramente el*

cumplimiento de todos los requisitos, especificaciones técnicas, condiciones generales y funcionalidades descritas en el PPTP, el pliego de mediciones y el anexo de esquemas, que tendrán consideración de mínimos.

Para la valoración técnica únicamente se tendrá en cuenta la documentación aportada por cada uno de los licitadores según lo descrito en el presente apartado. La propuesta técnica deberá incluir como mínimo los siguientes documentos:

MEMORIA TÉCNICA, compuesta de la siguiente documentación:

Memoria simple explicando el funcionamiento de los sistemas indicando el cumplimiento del pliego y las eventuales diferencias que existan con el mismo.

Listado de elementos de que se compone la propuesta técnica, siguiendo el modelo del Pliego de mediciones, en el que se incluirán partidas alternativas en caso de ser necesario. En este listado no se hará referencia alguna a precios ni a la oferta económica. Toda referencia económica supondrá la exclusión definitiva de la licitación.

Esquemas de bloques con la solución funcional prevista en los que aparezcan los modelos de los equipos presentados en la solución.

Folleto de especificaciones técnicas de todo el material necesario para la realización del proyecto.

Pliego de prescripciones técnicas particulares (PPTP) Página 11 de 87

Memoria de los sistemas de control: memoria explicativa de cómo será la programación para los sistemas de control con pantallas previstas de usuario.

Memoria del software especial para el control de Presidencia y operador del Salón de plenos, con pantallas y modo de trabajo.

Memoria con la metodología del trabajo de las actividades a desarrollar desde la adjudicación del proyecto hasta su finalización, haciendo especial referencia a los hitos descritos en el apartado 3.3. Plan de trabajo.

GARANTÍA Y MANTENIMIENTO, compuesto de los siguientes documentos:

Condiciones de la garantía de la instalación.

Plan de mantenimiento de la instalación, en el que se incluirán los recursos humanos, medios materiales, medios de contingencia ofrecidos, etc.

ESTÉTICA DE LAS SOLUCIONES PROPUESTAS:

Memoria de aspectos estéticos que incluyan las calidades, croquis y esquemas de las soluciones estéticas que influyen en la arquitectura del edificio y en su mobiliario, generados por las nuevas instalaciones. Especial referencia al mobiliario del Salón de plenos y de las Salas de comisiones.

FORMACIÓN A LOS TÉCNICOS Y PERSONAL DEL PARLAMENTO:

Plan de formación pensado para la explicación a los técnicos de mantenimiento del Parlamento de

Navarra y los usuarios de las instalaciones principales.

OTRAS MEJORAS:

En el caso de que se oferten, documento en el que se especifiquen las mejores propuestas para la ejecución de este proyecto. Solo se considerarán mejoras las establecidas en la cláusula 10.5 del PCAP”.

Pues bien, examinada la documentación que debe ser presentada por los licitadores dentro del sobre 2 como propuesta técnica, se evidencia, sin ningún género de dudas, que las prescripciones técnicas afectan a todos los licitadores, no sólo al futuro adjudicatario del contrato, cuyas propuestas técnicas deben contener todos los requisitos, especificaciones técnicas, condiciones generales y funcionalidades descritas en el PPTP, pliego de mediciones y anexo de esquemas, que tienen la consideración de mínimos.

Además, como se señala en el PPTP, “*No se admitirá equipamiento con especificaciones o funcionalidades de menor calidad que el presentado en las mediciones*”, con lo cuál las funcionalidades establecidas en el Pliego de Mediciones constituyen los requisitos mínimos a presentar por las ofertas de todos los licitadores.

Siendo así, sólo aquellas proposiciones que mejoren los aspectos técnicos definidos en el pliego para su valoración podrán recibir puntos, de modo que la entidad contratante debe verificar previamente que las ofertas cumplen las prescripciones técnicas contenidas en los PPTP, convirtiéndose el examen sobre cumplimiento o incumplimiento de las condiciones establecidas en el PPPT en una cuestión de interpretación de la normas jurídica, siempre conforme a los principios rectores que guían la contratación pública, pues los pliegos configuran, como se ha dicho, la ley del contrato, y de prueba, respecto de la cual es necesario comprobar si la oferta presentada se ajusta a lo establecido por el mismo.

En esta tesitura, las ofertas que no se ajusten a los PPTP deben ser excluidas, sin necesidad de que dicha consecuencia figure expresamente en el mismo o en el PCAP, siempre que el incumplimiento apreciado sea objetivo, expreso y claro y sin posibilidad alguna de interpretación favorable a las prestaciones objeto del contrato.

A mayor abundamiento, el PCAP no deja lugar a dudas sobre la consideración de mínimos de los requisitos técnicos establecidos en los pliegos técnicos y sobre la sanción que han de recibir las propuestas que no los cumplan, que no es otra que su categórica exclusión de la licitación, sanción general que parece desconocer la entidad reclamante al no respetar los pliegos que aprobó y a cuyo cumplimiento está vinculada (“*Los requisitos técnicos establecidos en los pliegos técnicos que acompañan a este PCAP tienen consideración de mínimos, por lo que quedarán excluidas de la licitación todas aquellas propuestas que no los cumplan*”).

Y de la misma manera, únicamente se podrá tener en cuenta para la valoración técnica de las ofertas, operación que comprende igualmente el examen de la concurrencia de las características técnicas configuradas como requisitos técnicos mínimos, la documentación aportada como parte de la propuesta técnica.

Lo señalado queda regulado explícitamente en la cláusula 10 PCAP, *CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN*, que señala que:

"El criterio de adjudicación será la oferta más ventajosa, según la valoración efectuada siguiendo los criterios señalados en este pliego, que se aplicarán de la siguiente forma:

- La propuesta técnica tendrá una puntuación máxima de 30 puntos.*
- La propuesta económica tendrá una puntuación máxima de 70 puntos.*

A) PUNTUACIÓN DE LA PROPUESTA TÉCNICA:

Los requisitos técnicos establecidos en los pliegos técnicos que acompañan a este PCAP tienen consideración de mínimos, por lo que quedarán excluidas de la licitación todas aquellas propuestas que no los cumplan.

Únicamente se tendrá en cuenta para la valoración técnica la documentación aportada en la propuesta técnica siguiendo el esquema de la cláusula 3.4.1. del PPTP”.

Y lo cierto es que, incomprensiblemente, la citada cláusula 10 PCAP resulta citada con su contenido dentro de los criterios generales de valoración recogidos en el informe de valoración técnica de la Mesa de Contratación, aludiendo en concreto a la exclusión de la licitación de aquellas propuestas que no cumplan los requisitos técnicos que tengan la consideración de mínimos, así como a la necesidad de realizar la valoración técnica sobre la documentación aportada por los licitadores en su propuesta técnica.

En consecuencia, a la luz de la regulación examinada, no resulta admisible en modo alguno la postura adoptada de modo general por la entidad contratante en esta licitación de

entender que ninguna de las proposiciones puede ser susceptible de exclusión de la licitación por incumplimiento del PPTP en la medida de que se está ante una contratación "LLAVE EN MANO", tal como consta y se incide en el PPTP, por lo que cualquier omisión en algún elemento o actividad deberá incluirse y quedará integrado si es preciso para el funcionamiento correcto y adecuado de todos los sistemas objeto de la contratación y de su correcta y adecuada funcionalidad y operatividad, de modo que el licitador que resulte adjudicatario deberá presentar el proyecto ejecutivo definitivo en el que se realizarán las modificaciones necesarias para el cumplimiento de todas las especificaciones y funcionalidades recogidas en el PPTP, previa aprobación por la dirección facultativa y sin repercutir cargo alguno al Parlamento de Navarra.

Y es que dicha argumentación no resulta en absoluto plausible porque no resulta avalada por el propio PPTP en cuanto la citada cláusula a la que se recurre de modo continuo no está regulando requerimientos técnicos de las ofertas de todos los licitadores sino elementos o actividades que obligan únicamente al adjudicatario y que operan como condición de ejecución, por lo que ni deben concurrir en las proposiciones presentadas ni pueden ser objeto de valoración a través de la aplicación de los correspondientes criterios de valoración.

Siendo así, dicha cláusula del PPTP resulta plenamente congruente con un contrato de suministro como el licitado en el que entre las obligaciones que constituyen la prestación objeto del contrato se incluye la puesta en marcha de los equipos ofertados con todos los condicionamientos necesarios que aseguren su plena operatividad como obligación de resultado.

Y a este respecto procede recordar que el diseño del contrato se concretó en un proyecto concebido por una empresa consultora y aprobado por la Mesa del Parlamento con carácter previo al inicio de la licitación que nos ocupa, proyecto integrado por toda la documentación técnica que se constituyó como pliegos técnicos de la misma, sin que el proyecto técnico a elaborar por el licitador que resultara adjudicatario del contrato tuviera otra finalidad que el de cumplimentar la exigencia del proyecto de instalación previo a la realización de las obras correspondientes, en ningún caso subsanar la deficiencia de los requisitos técnicos que deban presentar las ofertas.

Concluida, no sólo la posibilidad, sino el deber de exclusión de las ofertas incumplidoras de los PPTP, procede examinar si tal incumplimiento se ha producido en el presente caso en los supuestos que alude la entidad reclamante.

La empresa reclamante señala como incumplimiento por la oferta técnica seleccionada de los requisitos técnicos que constituyen prescripciones técnicas mínimas del contrato los siguientes:

– licencia de control del sistema de DIS SW6086 necesario para el correcto funcionamiento del sistema ofertado, según página 10 del informe técnico de valoración elaborado por la Mesa de Contratación, en el que se hace constar como "Aspectos negativos" de la proposición conjunta de las empresas adjudicatarias que *"Para el software especial especial es necesaria la licencia de control del sistema de Dis SW6086 que no se explicita, aunque al ser el proyecto llave en mano se entiende incluida para que funcione"*.

– Requisitos técnicos y funcionalidades del software especial ofertado por la UTE Telesonic-Ostiz, según página 15 del informe de la Mesa de Contratación, que señala que *"Presentan una solución completa, aunque con alguna funcionalidad menor que la planteada para los sistemas de conferencias de Bosch(...) La propuesta está explicada y completa, pero se basa en sistemas de Bosch y no es igualmente funcional para sistemas de DIS, todo el proceso de trabajo de la lista de votaciones que se presentan en su propuesta no se puede realizar de este modo en los sistemas de DIS y será necesario, por lo tanto, cambiar el modo de trabajo y la solución planteada por ellos a la hora de realizar el proyecto final(...)"*

Respecto de los motivos concretos de impugnación contenidos en el escrito de reclamación, después de señalar los puntos negativos y aquellos puntos que adolecen de oscuridad o falta de claridad en la presentación y que ha repercutido negativamente en la valoración final, la entidad contratante aclara que no se trata de puntos determinantes de la exclusión de la licitación o requisitos mínimos, ni así se prevé en el pliego, puesto que no tienen la suficiente entidad como para invalidar las propuestas técnicas porque únicamente se le exigirá al que resulte adjudicatario su modificación a la hora de redactar el proyecto ejecutivo, a lo que añade la cláusula PPTP ya citada sobre la necesaria integración de todos los elementos o actividades necesarios para la operatividad final del contrato llave en mano.

En dicho sentido, señala el informe remitido por la entidad contratante que los pliegos técnicos recogen funcionalidades que deben cumplir tanto la instalación audiovisual como el sistema de votaciones propuestos por los licitadores y que todos los licitadores cumplen con el pliego al recoger y explicar en sus propuestas técnicas dichas funcionalidades, por lo que no cabe alegar su incumplimiento.

En lo que concierne a la falta de licencia de control del sistema SW6086 en la oferta de las empresas adjudicatarias, se aduce que aunque no venga explicitada en la referida oferta, la misma ha de entenderse incluida dada la posterior verificación de los requisitos en el proyecto ejecutivo ante la necesidad de la operatividad total del sistema instalado.

Respecto de la falta de software especial que alega la empresa reclamante, la entidad contratante opone que el PPTP relaciona de manera genérica las distintas funcionalidades que debe aportar porque se limita a exigir que los licitadores describan el planteamiento que proponen para la instalación, todo ello de modo genérico porque se dice que *"no es posible entrar al detalle cuando la instalación no está preparada todavía para ello y el desarrollo final vendrá determinado por los requerimientos concretos que en el momento de la instalación decida el propio parlamento junto con el adjudicatario"*

Como complemento de lo señalado se explica que los licitadores deben limitarse a presentar *"bocetos de imágenes de pantalla que indudablemente después serán individualizadas de acuerdo con las órdenes dadas por el Parlamento"*

A lo señalado añade que la reclamante también reconoce la posibilidad de variaciones en su propia propuesta sin que ello suponga exclusión o incumplimiento del pliego y que el diseño final puede variar respecto al propuesto y que *"de hecho variará obligatoriamente ya que no es posible definir a priori este software específico sin el concurso de la propiedad"*

En definitiva, la entidad contratante concluye que *"la propuesta técnica es abierta y que deberá en todo caso ajustarse a la instalación concreta del Parlamento de Navarra, algo que no podrá hacerse hasta la fase de instalación como fruto del conjunto de la propiedad y del adjudicatario. Por tanto, no procede la exclusión de ningún licitador por este motivo pues no es posible tener un desarrollo completo del software con estas características específicas con carácter anterior a la instalación"*

Como corolario de lo expuesto, *"la Mesa de contratación ha valorado que la propuesta está completa y bien explicada, reconoce que deberán efectuar las adaptaciones necesarias para llegar a la solución final, en concreto en el caso de la lista de votaciones. Este cambio no conlleva una gran dificultad técnica, y no se considera causa de exclusión de la licitación, pues es una más de las adaptaciones que en mayor o menor medida deberán hacer todos los licitadores en sus propuestas para llegar a la implantación de la solución final"*

Especialmente, apunta que la oferta de la reclamante señala explícitamente que *"lo harán como lo quiera el Parlamento"*, sin que ello suponga incumplimiento de los requisitos exigidos en el PPTP y tampoco la exclusión de la licitación y que, por contra, ha supuesto una valoración muy positiva por parte de la Mesa de Contratación, 7 puntos sobre 10.

Pues bien, el primero de los incumplimientos denunciados del PPTP no puede ser considerado tal porque la licencia requerida para el software en cuestión no constituye un requerimiento técnico de la oferta sino un requisito jurídico necesario para su utilización, en cuanto otorga el derecho a usar el correspondiente programa, y cómo tal debe ser aportado por el adjudicatario en el momento de la puesta en marcha de la instalación.

Sin embargo, asiste la razón a la parte reclamante respecto del segundo de los incumplimientos esgrimidos porque el software especial que presenta la UTE Telesonic-Ostiz no resulta válido, según concluye la propia Mesa de Contratación, para que pueda funcionar el sistema que presenta.

Así, concretamente, señala que *"La propuesta está explicada y completa, pero se basa en sistema de Bosch y no es igualmente funcional en su totalidad para sistemas de DIS. El proceso de trabajo de la lista de votaciones que presentan no se puede realizar de este modo en los sistemas DIS y será necesario, por tanto, cambiar el modo de trabajo y la solución planteada por ellos a la hora de realizar el proyecto final. Esto implica que el aspecto final de la solución deberá cambiarse para adecuarse a las necesidades reales. Por ello se le otorgan 4 puntos"*.

Es decir, el propio órgano valorador verifica que el software que se requiere presentar en las propuestas de los licitadores para el control de la Presidencia y de las sesiones plenarias no resulta válido en absoluto porque se basa en el sistema BOSCH y el sistema presentado por las empresas adjudicatarias es DIS, con lo cuál no tiene funcionalidad alguna y no sólo no resulta excluida dicha oferta por tal razón, en aplicación del principio de igualdad y no discriminación, sino que, además, se le valora con 4 puntos después de señalar que hay que cambiarlo por otro.

De esta manera, en modo alguno cabe admitir la postura explicitada en el informe remitido por el Parlamento de Navarra que otorga un carácter abierto a las propuestas técnicas

de los licitadores, sobre las que considera que no procede ninguna exclusión, bajo la premisa de que no pueden ajustarse a la instalación concreta del Parlamento de Navarra hasta que no se haga como fruto del conjunto de la propiedad y del adjudicatario y que sus “aspectos negativos” deben ser modificados por el adjudicatario con carácter previo al inicio de la ejecución.

Por lo mismo, tampoco resulta plausible que los licitadores deban limitarse a presentar bocetos de imágenes de pantalla que luego deberán ser individualizadas de acuerdo con las órdenes dadas por el Parlamento.

Es decir, no se puede acoger la defensa realizada por la entidad contratante de que por tratarse, según dice, de una contratación “llave en mano”, cualquier omisión en la oferta de los licitadores quedará subsanada en el momento de la instalación si así se requiere para el funcionamiento correcto y adecuado de todos los sistemas objeto de contratación porque el licitador que resulte adjudicatario debe presentar el proyecto ejecutivo definitivo en el que han de realizarse las modificaciones necesarias para el cumplimiento de todas las especificaciones y funcionalidades recogidas en el PPTP, previa aprobación por la dirección facultativa.

Y ello es así porque la Mesa de Contratación, como órgano colegiado de carácter técnico establecido con el objeto de auxiliar al órgano de contratación en la adjudicación del contrato, debe realizar las funciones que le son encomendadas legalmente en los artículos 58 y 61 LFCP, entre las que se incluye la valoración de la oferta técnica en los procedimientos cuyo criterio de adjudicación sea la oferta más ventajosa, correspondiéndole analizar, en dicha fase, si las proposiciones presentadas por los licitadores admitidos a la licitación cumplen los requerimientos técnicos mínimos establecidos en el PPTP. Y si no se cumplen, debe acordar la exclusión de las ofertas licitadoras de la licitación porque no realizándolo está vulnerando, no sólo los propios pliegos que rigen la licitación como ley del contrato, sino el principio de igualdad y no discriminación entre los licitadores.

Efectivamente, aún en el hipotético caso de que fuera entendible, en la línea de la entidad contratante, que todos las ofertas cumplen los PPTP, independientemente de que se ajusten o no a los requerimientos, condiciones o funcionalidades exigidas, tampoco pueden ser valoradas las citadas ofertas mediante la aplicación de los criterios de valoración porque no se puede entender que pueden suponer una mejora de las funcionalidades establecidas en los pliegos con el carácter de mínimas con lo cuál la cuestión a plantear es cuáles son los parámetros bajo los cuáles se realiza la selección de adjudicatario del contrato.

Como contrapunto de lo señalado, yerra la entidad contratante cuando califica las ofertas de los licitadores como propuestas técnicas abiertas, propuestas teóricas o bocetos que deben ser individualizados en el momento de la ejecución del contrato según los requerimientos de la entidad contratante y de conformidad con el proyecto ejecutivo definitivo que puede realizarse in situ.

Y es así porque admitir dicho planteamiento supondría validar una vulneración flagrante y manifiesta de los principios rectores de la contratación pública que socavan los propósitos del derecho de contratos al introducir la arbitrariedad unilateral de la entidad contratante en el contenido del contrato, en contrato de lo señalado en el artículo 1256 Cci, que prohíbe dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento de los contratantes.

En este sentido, constituye exigencia del principio de transparencia y de igualdad y discriminación, de los que resulta corolario, que tienen por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad, que los pliegos definan de modo claro, preciso e inequívoco no sólo los derechos y obligaciones que asumen las partes sino todas las condiciones con arreglo a las cuáles los licitadores deban realizar su oferta y que la entidad adjudicadora debe comprobar efectivamente, exigencias que no pueden quedar exceptuadas sea cuál sea la modalidad empleada en la contratación, tampoco en la denominada por la entidad contratante “llave en mano”, que, además, como hemos concluido, no es otra cosa que un contrato de suministro que lleva aparejada la instalación y puesta en marcha como obligaciones accesorias.

Y es que, a mayor abundamiento, reconocer la posibilidad de variaciones en las propuestas de los licitadores, sin que ello suponga exclusión o incumplimiento del pliego, y que el diseño final puede variar respecto al propuesto porque se requiere el concurso de la propiedad, o en su caso de la Dirección Facultativa, resulta jurídicamente inaceptable no sólo porque convierte el procedimiento de adjudicación en un procedimiento de adjudicación puramente formal sino porque queda infringido el principio de determinación del contrato al quedar sometido al arbitrio de una de las partes contratantes.

Ya sólo hecho de incluir en los pliegos una cláusula general que ampare una modificación de la oferta adjudicada, con posterioridad a la misma adjudicación, bien sea fruto del acuerdo entre la empresa adjudicadora y el Parlamento de Navarra, o en su caso la Dirección

Facultativa, o mismo unilateral bajo decisión de la entidad contratante, supone de por sí una causa de nulidad de los pliegos y de todo el procedimiento de contratación.

En este sentido, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en Resolución 76/2014, de 31 de julio de 2014, señala sobre ello que *"la posibilidad de modificar la oferta del adjudicatario convierte en irrelevante el contenido de las proposiciones y todo el procedimiento de licitación. Debe recordarse que dicho procedimiento finaliza con la identificación de la proposición más ventajosa y el hecho de que tal oferta pueda ser modificada inmediatamente después de la adjudicación supone que la selección es puramente formal, pues la oferta que verdaderamente va a regir la ejecución de la prestación es la que acuerden las parte prácticamente sin sujetarse a limitación alguna más allá de una vaga alusión a la calidad del servicio. Por otro lado, las estipulaciones analizadas infringen el principio determinación del objeto del contrato (artículo 86.1 TRLCSP) porque dejan su contenido al arbitrio de indicaciones posteriores (artículo 2.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas)*

(...) Las cláusulas debatidas otorgan a la Administración la posibilidad de modificar arbitrariamente, sin más requisito que el acuerdo del adjudicatario, la oferta de este último, lo que de hecho desvirtúa todo el procedimiento basado en el trato igualitario y no discriminatorio de todos los licitadores (artículo 139 TRLCSP). Aunque la modificación se produciría después de la adjudicación y afectaría sólo a la oferta del adjudicatario, la mera posibilidad de que se produzca en un momento posterior pervierte el procedimiento porque convierte en provisionales todas las proposiciones, pues, en principio, cualquiera de ellas puede resultar la seleccionada y ser luego la modificada. De este modo, se posibilita que, por ejemplo, como en el caso que es objeto de esta resolución un licitador ofrezca múltiples alternativas que luego sean libremente elegidas o cambiadas por las partes, o que cualquier oferta sea luego desfigurada hasta suprimir o hacer irreconocibles las características técnicas que la hicieron más ventajosa para que el contrato sea menos gravoso para la adjudicataria, interés que sin duda perseguiría la empresa cuyo consentimiento es necesario para el cambio de condiciones. La mera posibilidad de que tales arbitrariedades se puedan cometer es jurídicamente inaceptable(...)"

Las señaladas consideraciones llevan al citado órgano revisor a declarar la nulidad de pleno derecho de las citadas cláusulas y del procedimiento de contratación, conclusión que debería también alcanzarse en el caso que nos ocupa si se concluye que la interpretación alcanzada por la entidad contratante tiene, en alguna medida, su origen en los propios pliegos.

Por tanto, a la vista de las alegaciones vertidas por parte de la entidad reclamante respecto al sentido de los pliegos que rigen el contrato, se plantea la cuestión si la posible vulneración de los principios rectores de la contratación pública que denuncia la entidad contratante pudiera derivar, en su caso, de los propios pliegos.

En tal tesitura, procede examinar, tal y cómo se advirtió en el Acuerdo 46/2017, de 21 de julio, si las referencias técnicas incluidas en los denominados PPTP y Pliegos de Mediciones que rigen la licitación cumplen con las exigencias señaladas.

DÉCIMO.- El Acuerdo 46/2017, de 21 de julio señalaba que *“Aún en el caso de que pueda resultar justificada la modalidad contractual de “llave en mano” empleada, la misma debería en todo caso ajustarse a la normativa sobre contratación pública, exigiéndose que las especificaciones técnicas definan con precisión el alcance de la licitación y los requisitos mínimos de carácter obligatorio que deben ser cumplidos por las instalaciones, para permitir así a los licitadores a conocer de antemano las determinaciones que va a resolver la entidad contratante.*

Sin embargo, las referencias técnicas incluidas en los denominados PPTP y Pliegos de Mediciones elaborados por la asistencia técnica previa a la licitación no cumplen las exigencias señaladas cuando resulta que los requisitos técnicos se fijan por referencias a marcas comerciales y modelos a los que se añade el término equivalente, sin que sea posible conocer cuáles son las funcionalidades equivalentes que deben acreditar las ofertas técnicas de los licitadores, indeterminación que parece que corrobora la propia valoración técnica realizada por la citada ingeniería en la aplicación de los distintos criterios de adjudicación.

Como corolario de lo expuesto, procede referir que la exigencia de que a la licitación únicamente se presenten las empresas que acudieron a una de las visitas organizadas en el Parlamento vulnera el artículo 27 LFCP, sobre información del contrato, porque convierte un derecho de los licitadores a solicitar las aclaraciones que tengan por conveniente, y que deberán ser publicadas en el Portal de Contratación para general conocimiento de los licitadores, en una obligación que no se cohonesta con el libre acceso a las licitaciones, suponiendo por ello una restricción ilegal”.

El PPTP en su apartado 2. Introducción, señala que *“Este documento contiene la base de desarrollo para el proyecto de renovación de las instalaciones audiovisuales del Parlamento de Navarra.*

En él se especifican las necesidades funcionales de las diferentes áreas de trabajo y las especificaciones técnicas mínimas que deberá cumplir el equipamiento presentado en las propuestas de los licitadores.

Este documento se complementa con el pliego de mediciones y el anexo de esquemas, con los que se fijarán las necesidades mínimas a cumplir por todas las propuestas.

En el apartado 3 *PLIEGO DE CONDICIONES GENERALES*:

“3.1 ALTERNATIVAS

Todas las empresas licitadoras deberán presentar una única valoración de las instalaciones basada en los equipos y componentes especificados en el proyecto.

Las referencias a marcas y modelos que aparecen en el PPTP y en el pliego de mediciones no son en ningún caso excluyentes, sino que pretenden establecer los criterios de diseño, los niveles de calidad y las prestaciones mínimas que se exigirán a las instalaciones audiovisuales. No se admitirá equipamiento con especificaciones o funcionalidades de menor calidad que el presentado en las mediciones.

Las empresas licitadoras podrán, presentar propuestas alternativas a los componentes, equipos y sistemas descritos en este proyecto.

Todas ellas serán tomadas en consideración, siempre que:

No se aparten substancialmente del concepto global de diseño, de las funcionalidades especificadas y operación del sistema, según se describen en este documento.

Sean equivalentes o superiores en prestaciones y calidad a los referenciados en proyecto, o aporten alguna ventaja funcional importante.

Queden suficientemente justificadas desde el punto de vista técnico.

No supongan un incremento en el coste global del sistema.

Las ofertas deberán ir acompañadas de toda la documentación técnica necesaria para evaluar las alternativas planteadas.

En cualquier caso, todas las propuestas alternativas quedarán sujetas a aprobación previa por parte de la dirección facultativa.

No tendrán la consideración de mejoras las exigencias o los requisitos mínimos que se describen en el presente PPTP.

3.2 VISITAS CONJUNTAS DE LOS LICITADORES AL PARLAMENTO DE NAVARRA.

Los licitadores visitarán las instalaciones del Parlamento de Navarra, siempre en función del horario laboral de los servicios y dentro de las visitas concertadas, condicionadas a los actos previstos en el Parlamento, en orden a determinar con exactitud los recorridos, canalizaciones, calidades, materiales, etc. necesarios, y el calado de los trabajos a realizar

para la correcta ejecución del objeto de la presente contratación en su integridad, así como a efecto de concretar los costes o cualesquiera extremo de sus propuestas.

Sin excepción, las visitas se organizarán conjuntamente, a fin de que todos los licitadores tengan la misma información, para lo que serán convocados al efecto, con suficiente plazo de antelación, mediante anuncio en el Portal de contratación de Navarra y la página web corporativa del Parlamento de Navarra. Tras la visita, el Parlamento de Navarra entregará un certificado de asistencia que los licitadores deberán incluir en el sobre con su propuesta técnica.

Estas visitas se consideran necesarias e imprescindibles para poder afrontar el proyecto con garantías. Por lo tanto, no se tendrá en cuenta ninguna propuesta de aquellos licitadores que no hayan realizado la preceptiva visita a las instalaciones”.

En nuestro caso, si bien en el PPTP se describen las especificaciones técnicas muy genéricas para cada una de los espacios del Parlamento de Navarra, la determinación de sus concretas funcionalidades que se describen en el Pliego de Mediciones no tienen carácter neutro porque se determinan según un elenco de requisitos que acompañan a marcas determinadas y modelos concretos de equipamiento.

De este modo, las funcionalidades que constituyen los requisitos técnicos de diseño, calidad y prestaciones mínimas de las instalaciones de votaciones, audio y videoconferencia, bajo cuyos parámetros deben ser preparadas las ofertas por los licitadores, resultan de las referencias a las marcas y modelos que se detallan en el Pliego de Mediciones que completa el PPTP para determinar los estándares.

Respecto al empleo de marcas comerciales, con sus correspondientes modelos, para definir las funcionalidades que constituyen requisitos técnicos mínimos que completan las especificaciones que se detallan a lo largo del PPTP para cada uno de los espacios afectados, procede examinar la normativa aplicable.

La LFCP señala en su Artículo 47. *Prohibición de barreras técnicas a la libre competencia.*

“1. Las prescripciones técnicas de los contratos deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores y no podrán tener como efecto la creación de obstáculos injustificados a la libre competencia entre las empresas.

2. No podrán establecerse prescripciones técnicas que mencionen productos de una fabricación o procedencia determinadas o procedimientos especiales que tengan por efecto favorecer o eliminar a determinadas empresas o productos, a menos que dichas prescripciones técnicas resulten indispensables para la definición del objeto del contrato. En particular, queda prohibida la referencia a marcas, patentes o tipos o a un origen o procedencia determinados.

No obstante, se admitirán tales referencias acompañadas de la mención “o equivalente”, cuando no exista posibilidad de definir el objeto del contrato a través de prescripciones técnicas lo suficientemente precisas e inteligibles.

Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de la contratación pública a la competencia, así como la consecución de los objetivos de sostenibilidad. Para ello, tiene que ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas, las normas y las especificaciones técnicas existentes en el mercado, incluidas aquellas elaboradas sobre la base de criterios de rendimiento vinculados al ciclo de vida y a la sostenibilidad del proceso de producción de las obras, suministros y servicios².

Por su parte, la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, se refiere a la redacción de las prescripciones técnicas en los siguientes términos: “Por consiguiente, al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico, reproduciendo características clave de los suministros, servicios u obras que habitualmente ofrece dicho operador. Redactar las especificaciones técnicas en términos de requisitos de rendimiento y exigencias funcionales suele ser la mejor manera de alcanzar ese objetivo. Unos requisitos funcionales y relacionados con el rendimiento son también medios adecuados para favorecer la innovación en la contratación pública, que deben utilizarse del modo más amplio posible. Cuando se haga referencia a una norma europea o, en su defecto, a una norma nacional, los poderes adjudicadores deben tener en cuenta las ofertas basadas en otras soluciones equivalentes. La responsabilidad de demostrar la equivalencia con respecto a la etiqueta exigida ha de recaer en el operador económico².”

Y en su art. 42.2 se establece de forma clara que “Las especificaciones técnicas proporcionarán a los operadores económicos acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”, y además en su número 4 que “Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no harán referencia

a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un operador económico determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 3. Dicha referencia irá acompañada de la mención «o equivalente».

De estos preceptos se deduce que, si bien pueden los poderes adjudicadores configurar el objeto del contrato de la manera más adecuada para la satisfacción de sus necesidades, no pueden establecer prescripciones técnicas que impidan injustificadamente el acceso a la licitación, obstrucción que se produce cuando se cumplen dos condiciones. La primera, que se fijen unos requisitos técnicos que solo pueden ser cumplidos por un producto concreto, lo que provocaría una barrera o dificultad para el acceso a la licitación de las empresas que no lo comercializan. La segunda condición es que tales requisitos sean arbitrarios, es decir, no estrictamente exigidos por el cumplimiento de la finalidad del contrato, la cual podría quedar igualmente satisfecha con otras soluciones técnicas que, sin embargo, las prescripciones no permiten.

Por tanto, a la luz de la normativa examinada, las prescripciones o especificaciones técnicas deben formularse en términos funcionales o de rendimiento, garantizando la neutralidad, flexibilidad y soluciones equivalentes, particularmente porque constituyen el medio idóneo para favorecer o, por el contrario, entorpecer la competencia, principio rector de la contratación pública que debe situarse al mismo nivel que los restantes.

Siendo así, la normativa regula la utilización de referencias a marcas comerciales para la definición de las prescripciones técnicas como una excepción a las normas generales, lo que implica que la excepción debe ser interpretada de modo restrictivo, de tal forma que sea la entidad contratante que quiera aplicarlas a quien corresponda la carga de la prueba de que concurren efectivamente las circunstancias que justifican tal excepción.

De este modo, la mención o referencias a marcas o modelos únicamente puede autorizarse, excepcionalmente, en el caso en que no sea posible realizar una descripción bastante precisa e inteligible del objeto del contrato, que es lo que sucede normalmente cuando personal sin experiencia debe proceder a redactar las especificaciones técnicas de un equipo,

limitándose a copiar las especificaciones que resultan de un fabricante concreto al que añade la expresión “o equivalente”

En sus alegaciones, la entidad contratante señala que *“Al respecto hemos de alegar que el Pliego de Mediciones establece para cada uno de los elementos las especificaciones técnicas que debe cumplir. Además, tal y como es habitual en este tipo de instalaciones, y al amparo de lo establecido en el art. 47.2 de la LFCP, en los casos en que era difícil el objeto del contrato a través de prescripciones técnicas lo suficientemente precisas e inteligibles, se añadió la referencia a una marca/modelo comercial junto con el término “equivalente”. Esto facilita la comprensión de los licitadores pues les sirve para completar la información con la gama de calidad del producto establecido, pudiendo establecer similitudes en cuanto a calidades con gama baja, media o alta, de manera que los licitadores tienen información sobre el entorno de importe económico asociado.*

Queda claro además en el punto 3.1 del PPTP que “Las referencias a marcas y modelos que aparecen en el PPTP y en el pliego de mediciones no son en ningún caso excluyentes, sino que pretenden establecer los criterios de diseño, los niveles de calidad y las prestaciones mínimas que se exigirán a las instalaciones audiovisuales”

En cuanto a la indefinición de las funcionalidades exigidas, sorprende la apreciación del Tribunal, puesto que el punto 4 del PPTP detalla a lo largo de 54 páginas todas las funcionalidades que se exigen a la nueva instalación, desglosadas en espacios de trabajo y áreas funcionales relativas a los distintos sistemas de vídeo, audio, etc, junto con sus correspondientes especificaciones técnicas. De hecho, ninguno de los licitadores manifestó en ningún momento duda alguna respecto a las mismas”.

Por tanto, la entidad contratante aporta dos causas de justificación del recurso a la excepcionalidad del empleo de marcas comerciales y modelos concretos para determinar las funcionalidades que se erigen en requisitos técnicos mínimos exigibles a las ofertas de los licitadores bajo sanción de exclusión de la licitación: la dificultar de definir el objeto del contrato a través de prescripciones precisas e inteligibles y facilitar a los licitadores la información para determinar la gama de los productos (alta, media o baja) en relación con el entorno económico asociado, entendiendo que dichas referencias permiten establecer los criterios de diseño, niveles de calidad y las prestaciones mínimas requeridas a las instalaciones audiovisuales.

Sin embargo, no llega este Tribunal a atisbar las citadas razones aducidas por la entidad contratante para avalar la no utilización de definiciones neutras de las funcionalidades exigidas a los equipos partiendo del propio diseño confeccionado por una empresa de ingeniería especializada que, recordemos otra vez, se materializó en un proyecto en el que se insertaron los documentos técnicos que han constituido las prescripciones técnicas del contrato examinado. Y así mismo fue reconocido por la entidad contratante cuando manifestó en su informe que *"Derivada de esta complejidad, y ante la falta de personal técnico propio en el Parlamento, se debió concurrir a la contratación del asesoramiento de una empresa de ingeniería con el fin de disponer del criterio suficiente en la elaboración de un proyecto base (...)*.

Por tanto, no estamos hablando de personal sin experiencia sino de personal especialmente cualificado y contratado para determinar con claridad y precisión cuáles debían ser los requerimientos técnicos que las proposiciones presentadas por los licitadores debían cumplir, máximo cuando se trata de equipos de audio, vídeo y votaciones que no presentan la especial tecnología que concurre en otros equipamientos que se licitan por las Administraciones Públicas con la exigencia, igualmente, de la instalación y puesta en marcha hasta garantizar su correcto funcionamiento.

Ciertamente, se ha insistido por parte de la entidad contratante en su intención de que las marcas y modelos referenciadas no fueran excluyentes, y de este modo no se limitara el libre acceso a las licitaciones de productos de otra procedencia o fabricación cuando se señala que *"Se trata a su vez de un proyecto abierto, por cuanto que en aras de garantizar la libre concurrencia y competencia del mercado y evitar la vulneración de los principios de transparencia e igualdad y no discriminación de los licitadores, se permite que los licitadores presenten variantes al proyecto básico. De lo contrario se estaría restringiendo la posibilidad de participar a un solo fabricante. Por este motivo, se plantea desde el inicio (punto 3.1 del PPTP) (...)"* Añade que *"De esta forma, lo que se pretende explícitamente es que cualquier marca de producto o sistema audiovisual tenga cabida en el proyecto cumpliendo las bases de funcionalidad que se presentan en el punto 4 del PPTP "Memoria de funcionalidades"*.

Así, el PPTP admite que las empresas licitadoras presenten propuestas alternativas a los componentes, equipos y sistemas descritos cuya admisión se supedita a la aprobación de la dirección facultativa, de conformidad con los siguientes requisitos: que no se aparten sustancialmente del concepto global de diseño, de las funcionalidades especificadas y operación del sistema; que sean equivalentes o superiores en prestaciones y calidad a los referenciados o

aporten alguna ventaja funcional importante; que queden suficientemente justificadas desde el punto de vista técnico y no supongan incremento del coste global del sistema.

Sin embargo, lejos de lo pretendido, ni se ha garantizado preservar el principio de libre concurrencia y mucho menos asegurar los citados principios de transparencia, igualdad y no discriminación, sino todo lo contrario. Unos y otros han sido vulnerados de facto.

Y ello ha resultado así porque, en primer lugar, un examen del Pliego de Mediciones permite concluir que, en la mayoría de los casos, no es posible determinar qué funcionalidades que identifican una concreta marca y modelo son las que se constituyen requerimientos técnicos mínimos. Es decir, si la equivalencia resulta de todas y cada una de todas esas características técnicas que se explicitan o tan sólo de algunas de ellas, cuestión que el documento técnico deja irresuelta.

Así, por ejemplo ocurre con el ITEM SPL. (Cámaras de Vídeo): Cámara HD integrada. Vídeo, control y alimentación a través de IP. Soporta 1080/50p, 108i, 720p y 576i. Color negro 3MOS de 1/2.86" con resolución nativa Full HD (2.2Mpix) Resolución de 1000 líneas. Zoom óptico 20x. Estabilizador de Imagen Óptico. Transmisión de vídeo vía IP (streaming) en alta calidad (hasta 1080/50p). Hasta 4 canales de streaming simultáneos, con calidades distintas. Soporta alimentación a través de Ethernet (PoE+). Modo de Visión Nocturna (requiere luz de infrarrojos) Entrada de audio estéreo. Salidas: 3G/HD/SD-SDI, HDMI y Compuesto. Control IP, RS422 y RS 232C. Totalmente instalado y conexionado. Marca/modelo: Panasonic AW-HE130KEJ o Similar.

En este caso, resulta claro que no quedan señalados qué requisitos técnicos son imprescindibles, cuáles son aquellos que no siendo imprescindibles sí serían deseables, pudiendo ser objeto de valoración, y, aquellos otros que aún pudiendo entender que son de superior calidad no se requieren para la funcionalidad del equipo en cuestión, con lo cuál ni constituirían prescripciones técnicas mínimas ni serían objeto de valoración, por lo que difícilmente un licitador diligente y razonablemente informado puede conocer qué se entiende por similar o equivalente.

Ocurre lo mismo con el Ordenador Portátil (SC2.17) que presenta un tipo de microprocesador que corresponde a un fabricante concreto: Modelo AMD Radeón R5 M330, sin señalarse las referencias complementarias que fijan los criterios a tener en cuenta para la

comparación de microprocesadores de otras marcas, que no puede conformarse según criterios objetivos y tampoco sobre referencias a calidades superiores, inferiores o medias.

En otros casos, la funcionalidad queda totalmente abierta, sin definir, supeditándola a "la completa satisfacción de la Dirección Facultativa y de la Propiedad", caso de las licencias de software necesarias para el control y diseño de la programación de la interface de usuario (Sistema de Control (SPL-19), o el supuesto de la Pantalla de Proyección empotrable (SC .22), también a confirmar con la propiedad y con la Dirección Facultativa.

Y, finalmente, en otros, las referencias técnicas atribuidas a la marca y modelo, caso de los ITEMS del Sistema de Conferencias, son genéricas por no decir inexistentes: SPL.33: "*Unidad de Gestión de Audio del sistema de conferencias Digital. Controla y enruta el audio del sistema. Totalmente instalado y conexionado. Marca/modelo DCNM-APS2, CCU-E o Equivalente*", con lo que resulta absolutamente imposible conocer cuáles son los requisitos técnicos mínimos exigibles.

Particularmente, resulta llamativo los equipos que conforman el Sistema de Conferencias (página 47 del Pliego de Mediciones), que se referencian únicamente con las marcas del fabricante BOSCH o DIS, en los que queda plenamente desvirtuada la defensa aducida por la entidad contratante cuando resulta verificado en el expediente que todos los licitadores han venido a presentar una u otra marca comercial (Bosch o DIS) en los sistemas de conferencias que han incluido en sus correspondientes ofertas, sin que, por contra, se haya acreditado que son las únicas marcas existentes en el mercado, pero sí las mayoritariamente instaladas en la mayoría de parlamentos españoles.

A este respecto, procede relacionar dicha circunstancia con el requisito de solvencia técnica exigido en el PCAP, que exige presentar a los licitadores "*Declaración responsable del fabricante de los productos ofertados para el sistema de conferencias, acreditando la implantación de al menos 2 instalaciones similares en territorio nacional, indicando año de ejecución y cliente*" y la correspondiente explicación ofrecida por la entidad contratante en el primero de sus informes (página 8) de que "*La finalidad de dichos requisitos de solvencia técnica o profesional era que los sistemas de conferencias ofertados fueran de una marca que tuviera ya una presencia contrastada en el mercado español (...)*" y que "*En el presente procedimiento han sido finalmente dos las marcas de los sistemas de conferencias propuestas por los licitadores: BOSCH y DIS*".

Tampoco resulta desdeñable que, tal como fue avanzado por el Acuerdo 46/2017, de 21 de julio, ha sido regulado como criterio de adjudicación el prestigio de las marcas en el sector, lo que puede dar idea sobre una de las piedras angulares que se ha edificado la presente licitación.

La conclusión que se alcanza no puede ser otra que aquella que revela las carencias de los documentos técnicos de la licitación, conformados por el PPTP y Pliego de Mediciones, en la definición técnica de parte de las prestaciones que forman el objeto del contrato, por la utilización de prescripciones técnicas cerradas, asociadas a las marcas y modelos utilizados en los pliegos de mediciones a los que los licitadores deben ajustarse en sus proposiciones, sin que resulte además acreditado que dichos requisitos técnicos son estrictamente necesarios para el cumplimiento de la finalidad del contrato, lo cuál supone una obstrucción al libre acceso de las empresas a la licitación, agravada por el hecho de que se ha exigido como requisito de solvencia técnica que los sistemas de conferencias a ofertar por los licitadores se correspondan con marcas ya instaladas en España cuando estamos en presencia de un contrato de interés europeo por ser objeto de publicidad comunitaria, sin perjuicio de la afectación derivada hacia los principios de transparencia, igualdad y no discriminación ante la imposibilidad de los licitadores de conocer cuáles son los requisitos técnicos mínimos, asociados al concepto equivalente, que debían incluir en la confección de sus ofertas .

En suma, conviene recordar que, como ha señalado algún sector de la doctrina, la regulación de los contratos públicos ha dejado de poner el acento en la contemplación del interés público, como elemento condicionante de la regulación de los contratos públicos, para pasar a ponerlo en el cumplimiento de determinados principios entre los que destaca la garantía de la libre competencia, que aparece consagrado en las diferentes Directivas comunitarias.

La propia entidad contratante ha sido consciente de que dicho diseño del contrato asentado sobre marcas comerciales y modelos infringe el principio de libre competencia cuando, como contrapartida, ha intentado mitigar dicha obstrucción al libre acceso a la licitación por parte de las empresas recurriendo a la admisión de variantes o alternativas, significando a este respecto en su informe de 27 de julio que *“A la vista de la complejidad tecnológica (...), el Parlamento de Navarra optó por un contrato “llave en mano” mixto en el que el adjudicatario garantizará la plena funcionalidad y operatividad de todos los sistema ofertados.*

Se trata a su vez de un proyecto abierto, por cuanto que en aras de garantizar la libre concurrencia y competencia del mercado y evitar la vulneración de los principios de transparencia e igualdad y no discriminación de los licitadores, se permite que los licitadores presenten variantes al proyecto básico. De lo contrario se estaría restringiendo la posibilidad de participar a un solo fabricante (...)”

Las variantes sirven para proporcionar al poder adjudicador diferentes soluciones técnicas en modo alternativo a las exigidas en los pliegos, de modo que pueda elegir una cualquiera de entre ellas, sin que en ningún caso esa nueva solución técnica pueda suponer una alteración del objeto contractual en cuanto siempre debe mantenerse la identidad o reconocibilidad de la prestación originaria, tal y cómo ha señalado el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi en su Resolución 76/2014, de 31 de julio.

Por tanto, la admisión de variantes implica que los licitadores han de presentar al procedimiento licitatorio una solución ordinaria o base, que es la definida por el poder adjudicador al definir las especificaciones técnicas, y otra u otras, dependiendo del régimen de autorización de su presentación, con carácter opcional, en que oferten la ejecución del contrato con soluciones técnicas alternativas o distintas, pero que no alteran el objeto del contrato pues continúa siendo el mismo, lo único que sucede es que el modo de su ejecución varía por llevar a cabo un proceso técnico distinto del previsto inicialmente en los pliegos, pero que concluye con la correcta ejecución de la prestación contractual obteniendo el mismo resultado que el definido en un principio.

Sin embargo, en cuanto constituyen una excepción a la prohibición general de presentación de proposiciones simultáneas sólo puede utilizarlas el poder adjudicador cuando estén autorizadas en los términos que regula el artículo 56 LFCP "*Admisibilidad de variantes*", que establece que "*Los licitadores únicamente podrán presentar variantes o alternativas cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares lo haya previsto expresamente, haya regulado las condiciones para su admisión y especificando los elementos susceptibles de valoración o alternativa*", porque en otro caso los pliegos que las acogen incurren en una vulneración de los principios de transparencia, igualdad y no discriminación, resultando, por tanto, nulas de pleno derecho.

Asimismo, la Directiva 2014/24/UE, siendo proclive a su utilización, exige que en las mismas concurren unos requisitos esenciales, señalando en su Considerando 48 que "*Dada la*

importancia de la innovación, se debe alentar a los poderes adjudicadores a que permitan variantes con la mayor frecuencia posible. Por consiguiente, debe recordarse a dichas autoridades que es necesario definir los requisitos mínimos que han de cumplir las variantes antes de indicar que estas se pueden presentar”.

El artículo 45 de la citada Directiva regula las variantes de la siguiente forma:

“1. Los poderes adjudicadores podrán autorizar a los licitadores a presentar variantes o exigir que lo hagan. Indicarán en el anuncio de licitación, o, cuando se utilice un anuncio de información previa como medio de convocatoria de la licitación, en la invitación a confirmar el interés, si autorizan o no, o exigen variantes. Las variantes no estarán autorizadas en caso de que falte dicha mención. Las variantes estarán vinculadas al objeto del contrato.

2. Los poderes adjudicadores que autoricen o exijan las variantes mencionarán en los pliegos de la contratación los requisitos mínimos que deben cumplir las variantes, así como las modalidades de su presentación, en particular cuando las variantes puedan ser presentadas solo en caso de que también se haya presentado una oferta que no sea una variante. Asimismo, se asegurarán de que los criterios de adjudicación elegidos puedan aplicarse tanto a las variantes que cumplan estos requisitos mínimos como a las ofertas conformes que no sean variantes.

3. Solo se tomarán en consideración las variantes que cumplan los requisitos mínimos exigidos por los poderes adjudicadores.

En los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro o de servicios, los poderes adjudicadores que hayan autorizado o exigido la presentación de variantes no podrán rechazar una de ellas por el único motivo de que, de ser elegida, daría lugar a un contrato de servicios en vez de a un contrato público de suministro o a un contrato de suministro en vez de a un contrato público de servicios”.

En consecuencia, la posibilidad de admitir variantes está supeditada a la necesidad de definir los requisitos mínimos que han de cumplir dichas variantes y sus modalidades de presentación, no pudiendo ser admitidas más que aquellas variantes que cumplan los requisitos mínimos exigidos, lo que es consecuencia obligada del principio de transparencia por cuanto implica la obligación de dar a los eventuales licitadores toda la información necesaria para poder adoptar la decisión de participar o no en la licitación, pues han de conocer cómo pueden elaborar su proposición y cómo van a ser valoradas.

En todo caso, deberá expresarse en el Anuncio de licitación la admisibilidad de las variantes y remitirse al PCAP la indicación expresa de los requisitos, condiciones y límites que han de reunir las variantes que podrán presentar los licitadores permitir a los licitadores conocer todos sus extremos.

En este sentido el TJUE, Sentencia de 22 de abril de 2010 en el Asunto C-423, ha señalado que, *"En efecto, la mera mención en el pliego de condiciones permite que los licitadores estén informados de la misma manera acerca de los requisitos mínimos que deben cumplir sus variantes para que la entidad adjudicadora pueda tomarlas en consideración. De hecho, es una obligación de transparencia cuyo objetivo consiste en garantizar el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores al que debe atenerse todo procedimiento de adjudicación de contratos públicos regulado por la Directiva (véase, en este sentido, por lo que se refiere a los criterios de adjudicación, la sentencia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apdos. 41 y 42)"*

Ahora bien, no resulta suficiente que, genéricamente, sean enunciados los requisitos y condiciones que hayan de regir la presentación de variantes, empleando fórmulas tales como "soluciones técnicas que no alteren cualitativamente la prestación" u otras similares, pues resulta imprescindible formular exactamente los requisitos y condiciones a los cuales se deben ajustar las variantes, con el objeto de que los licitadores conozcan en todo momento los parámetros en los cuales se pueden mover para la elaboración y presentación de sus proposiciones, ya que, en caso contrario, se estaría vulnerando los principios de igualdad y no discriminación de los operadores económicos, junto con el de transparencia de las licitaciones, pues los empresarios interesados desconocerían a priori los criterios que seguiría el órgano de contratación para la admisión o rechazo de las variantes.

También algunas resoluciones jurisdiccionales han remarcado la necesidad de concretar los requisitos, condiciones, modalidades y límites de las variantes o mejoras. Así, el TSJ de Castilla y León ha señalado en su Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Valladolid), Sección 1ª, de 20 de enero de 2014, que es imprescindible una correcta identificación de las variantes para hacer efectiva la obligación de transparencia y, por tanto los principios de igualdad de trato y no discriminación, con lo cual han de preverse en los pliegos, con todo detalle, sus requisitos, condiciones, modalidades y límites.

Pues bien, examinada la regulación y la doctrina reguladora de las variantes, se atisba un primer incumplimiento desde el momento que la posibilidad de utilizar variantes no se prevé expresamente en el Anuncio de Licitación y cuando, además, en el PCAP se hace constar que *"cada licitador no podrá presentar más que una oferta"* sin contener indicación expresa de la posibilidad de utilizar variantes y de sus requisitos.

Por contra, es el PPTP el que regula la posibilidad de presentación de variantes, osando a introducir un apartado denominado Pliego de Condiciones Generales, con lo cuál volvemos a asistir a una manifestación más de la defectuosa regulación de los pliegos en la que el pliego técnico asumen una jerarquía que no le otorga la ley al invadir el ámbito reservado legalmente al PCAP.

Pero, en todo caso, junto al incumplimiento formal de los requisitos exigidos se acumulan sendos incumplimientos materiales que resultan de enunciar de modo genérico los requisitos que permiten a los licitadores la utilización de variantes: que no se aparten sustancialmente del concepto global de diseño, de las funcionalidades especificadas y operación del sistema; sean equivalentes o superiores en prestaciones y calidad a los referenciados o aporten alguna ventaja funcional importante; que queden suficientemente justificadas desde el punto de vista técnico y no supongan incremento del coste global del sistema.

Es decir, se regulan unas condiciones generales de presentación de variantes que carecen de toda referencia a requisitos mínimos, formas de presentación y límites, pues el concepto global de diseño, las funcionalidades y la calidad es lo que, en general, identifican la prestación objeto del contrato, con lo cuál los licitadores desconocen sobre qué elemento y forma pueden presentar esa variante, viéndose vulnerado por ello el principio de transparencia y de igualdad y no discriminación. Por otra parte, las ventajas funcionales responden más al concepto de mejoras, distinto a las variantes, sobre las que se pronuncia el PCAP al señalar que *"No tendrán la consideración de mejoras las exigencias o los requisitos mínimos que se describen en el presente PPTP."*, y la exigencia de que queden justificadas desde el punto de visto técnico constituye una cuestión totalmente subjetiva, y cómo tal no puede ser considerado parámetro para la presentación de variantes.

Asimismo, el PCAP establece que *"En cualquier caso, todas las propuestas alternativas quedarán sujetas a aprobación previa por parte de la dirección facultativa"*, con lo cuál, inexplicablemente, no sólo se sustrae a la Mesa de Contratación, órgano colegiado que tiene

atribuida legalmente la función de admitir las ofertas, sino que se vuelve a socavar los principios que rigen el procedimiento de adjudicación cuando no sólo dicha previsión conlleva que la Mesa de Contratación se vea abocada a admitir todas las alternativas o variantes presentadas, con lo cuál no hay exclusiones por incumplimientos del PPTP, sino que se configura un nuevo trámite no previsto legalmente de admisibilidad de las ofertas tras la adjudicación del contrato.

Así es puesto que se trata del momento en que puede intervenir la Dirección facultativa, que inexorablemente debe traducirse en una posible modificación de dicha oferta adjudicataria en el caso de que se trate de una propuesta alternativa o variante y dicha Dirección facultativa no la apruebe por entender que no se ajusta al diseño, funcionalidades o calidad de los componentes, equipos o sistemas descritos en su proyecto, con lo que se vuelve a incurrir en la arbitrariedad unilateral de la entidad contratante previamente advertida en relación con el contenido y cumplimiento del contrato, lo que a todas luces resulta ilegal.

Hasta tal punto dicha regulación supone una flagrante alteración ilegal del procedimiento de adjudicación, que no sólo se desnaturaliza la función legalmente atribuida por ley a la Mesa de Contratación en la valoración de las ofertas técnicas (art. 64 LFCP) excluyendo la facultad de ejercer su función de excluir de la licitación a aquellas ofertas variantes que no se ajusten a los pliegos, sino que se instaura un nuevo proceso de valoración tras la propia adjudicación del contrato y con carácter previo a la ejecución del mismo que se encomienda a un nuevo órgano no regulado legalmente, al que se atribuye dicho cometido, que excede en mucho su única función de supervisar los trabajos de instalación, otorgar la certificación final de los trabajos y la verificación de la puesta en marca, lo que resulta inadmisibles jurídicamente.

Y lo que es peor todavía, como contrapartida de la admisión de todas las ofertas sin posibilidad de exclusión alguna, como ya se anticipó en el fundamento anterior, el PPTP (página 5) previene que *"En caso de que fuera necesario, la Dirección facultativa podrá requerir al adjudicatario las modificaciones necesarias en el proyecto ejecutivo para el cumplimiento de las mencionadas especificaciones y funcionalidades, sin que esto suponga cargo alguno para el Parlamento de Navarra"*, alterando no sólo la propia finalidad del proyecto de ejecutivo que debe elaborar el adjudicatario del contrato, que cómo ya insistimos única y exclusivamente se contrae a precisar las obras accesorias a realizar para la instalación del contrato, sino que se previene la propia modificación del contrato según juicio de la denominada Dirección Facultativa, algo totalmente desprovisto de cobertura jurídica.

La consecuencia de lo aquí examinado apunta a concluir que la simple posibilidad de que resulte modificada la oferta más ventajosa después de la adjudicación es que la selección realizada se convierte en algo puramente formal, pues la oferta que se va a ejecutar no es la que ha competido en igualdad de condiciones con la presentada con el resto de los licitadores, a lo que hay que añadir que se vulnera igualmente el principio de correcta determinación del contrato al dejar su contenido sometido al puro arbitrio de la entidad contratante al dejar sin efecto sus características técnicas.

Por último, sólo cabe examinar la obligación instaurada en los pliegos, tanto en el PCAP como en el PPTP, de asistencia a una de las visitas organizadas por el Parlamento de Navarra a sus instalaciones como requisito de admisión de las empresas a la licitación.

Así, la cláusula 6 PCAP, "Contenido de las Propositiones" señala en su número 2) Sobre nº 2: "Propuesta técnica", que *"Las propuestas técnicas se presentarán de acuerdo a la documentación señalada en el punto "3.4.1. Documentación concurso: propuesta técnica" del PPTP.*

El Parlamento de Navarra considera imprescindible para dar validez a las propuestas técnicas presentadas al procedimiento, que éstas hayan sido elaboradas teniendo en cuenta la realidad de las instalaciones de la sede, por lo que la visita que se organice por el Parlamento será de carácter obligatorio para todos los interesados en participar en la licitación. En consecuencia, no llevarla a cabo supondrá la no aceptación de la propuesta técnica por la Mesa de contratación y la exclusión definitiva del procedimiento.

Por ello, en el sobre de la propuesta técnica los licitadores deberán incluir el certificado de asistencia que el Parlamento de Navarra les entregará el día de la visita a las instalaciones.

De modo complementario, el PPTP establece que *"Los licitadores visitarán las instalaciones del Parlamento de Navarra, siempre en función del horario laboral de los servicios y dentro de las visitas concertadas, condicionadas a los actos previstos en el Parlamento, en orden a determinar con exactitud los recorridos, canalizaciones, calidades, materiales, etc. necesarios, y el calado de los trabajos a realizar para la correcta ejecución del objeto de la presente contratación en su integridad, así como a efecto de concretar los costes o cualesquiera extremo de sus propuestas.*

Sin excepción, las visitas se organizarán conjuntamente, a fin de que todos los licitadores tengan la misma información, para lo que serán convocados al efecto, con suficiente

plazo de antelación, mediante anuncio en el Portal de contratación de Navarra y la página web corporativa del Parlamento de Navarra. Tras la visita, el Parlamento de Navarra entregará un certificado de asistencia que los licitadores deberán incluir en el sobre con su propuesta técnica.

Estas visitas se consideran necesarias e imprescindibles para poder afrontar el proyecto con garantías. Por lo tanto, no se tendrá en cuenta ninguna propuesta de aquellos licitadores que no hayan realizado la preceptiva visita a las instalaciones”.

Sobre dicha obligación establecida en el PCAP, este Tribunal señaló en su Acuerdo 46/2017, de 21 de julio, que *"Como corolario de lo expuesto, procede referir la exigencia de que a la licitación únicamente se presenten las empresas que acudieron a una de las visitas organizadas en el Parlamento vulnera el artículo 27 LFCP, sobre información del contrato, porque convierte un derecho de los licitadores a solicitar las aclaraciones que tengan por conveniente, y que deberán ser publicadas en el Portal de Contratación para general conocimiento de los licitadores, en una obligación que no se coherente con el libre acceso a las licitaciones, suponiendo por ello una restricción ilegal.*

Consecuentemente, los pliegos de prescripciones técnicas incurrirían en el vicio de falta de transparencia en la contratación, definida como la ausencia de información suficiente a los licitadores para que puedan formular una oferta ajustada, principio derivado de los Tratados de la Unión Europea y que se encuentra positivizado en el artículo 21 LFCP, por lo que su contravención conlleva la nulidad de pleno derecho de la licitación”.

Frente a ello, la entidad contratante, en el informe emitido en el trámite de audiencia otorgado al efecto señaló que las visitas se realizaron para que todos los licitadores pudieran disponer de la misma información y garantizar así el principio de igualdad entre todos los licitadores, convocándose las dos visitas que fueron realizadas en el Portal de Contratación sin que ninguno de los licitadores formulara queja al respecto.

Particularmente, considera que la organización de visitas, que se consideran necesarias e imprescindibles para afrontar el proyecto con garantías, está amparada por el artículo 21 LFCP y no anula la publicidad en el Portal de Contratación y en la web del Parlamento de Navarra de las dudas y aclaraciones que surgieron al respecto.

Pues bien, consecuencia de la citada obligación impuesta por el PCAP es que todos y cada uno de los licitadores debieron incluir en el sobre 2, correspondiente a la propuesta técnica,

el certificado expedido por el Parlamento de Navarra acreditativa de una de las visitas realizadas, constatándose en el examen del expediente por dicho Tribunal la inclusión de dichos certificados en los correspondientes sobres número 2.

Por tanto, las cuestiones que se suscitan en relación a los efectos que llevan aparejados la organización de las citadas visitas por el Parlamento de Navarra son dos: la obligación de las empresas de acudir a las visitas organizadas los días señalados por el Parlamento de Navarra y su necesidad constatada por la entidad contratante para poder afrontar el proyecto con garantías.

En primer lugar, resulta cierto que el PCAP crea un nuevo criterio de selección de licitadores fuera del trámite legal de admisión no contemplado en la normativa de contratación pública y, por tanto, sin cobertura jurídica que pueda avalar la inadmisión de todos aquellos licitadores que no hayan acudido a una de las dos visitas organizadas por la entidad contratante.

Porque, indudablemente, una cosa es que se organicen visitas a requerimiento de los licitadores que así lo soliciten, facultad avalada por el citado artículo 27 LFCP al amparo de su derecho a obtener información sobre el contrato y, en especial, a solicitar las aclaraciones que estime pertinentes, supuesto en el que, para garantizar los principios de transparencia, igualdad y no discriminación, deberá citarse al resto de licitadores al objeto de que puedan acudir si lo estiman conveniente, y otra muy distinta es que la entidad contratante decida motu proprio organizar las visitas y, además, convierta el derecho de los licitadores en obligación de los licitadores bajo sanción de inadmisión de la empresa a la licitación.

Siendo así, la segunda cuestión suscitada no es la que intuye la entidad contratante, esto es, el hecho de que todas las aclaraciones realizadas a los licitadores el día de la visita deban publicarse, obligación que no debe plantearse porque no hay margen alguno de decisión por no resultar potestativa para la entidad contratante, sino la necesidad de la visita que se plantea por aquella por la que deviene imprescindible.

Efectivamente, se trata de una circunstancia que tiene una incidencia que no puede pasarse por alto desde el punto de vista de los principios de transparencia, igualdad y no discriminación, y es aquí dónde surge el problema apreciado por este Tribunal porque es revelador de una falta de transparencia de la información publicada para conocimiento de los eventuales licitadores que deben disponer de toda la información necesaria que les permita confeccionar sus ofertas en pie de igualdad.

Por ello, si se trata de una información necesaria para la confección de las ofertas, debe estar publicada para general conocimiento de los licitadores y si no lo está es porque no resulta imprescindible, máximo cuando el Parlamento de Navarra se dotó de una asesoría especializada en la materia objeto del contrato que elaboró el proyecto que incluía la documentación técnica que debía ser objeto de publicación.

Porque, evidentemente, una cosa es la información necesaria de la que deben disponer los licitadores para elaborar sus ofertas y otra muy distinta las aclaraciones que pueden requerir a la hora de resolver las dudas que surja sobre la misma.

A este respecto, procede señalar que la información que al margen de las prescripciones técnicas pueden y deben ofrecer los poderes adjudicadores tendrá por finalidad aclarar dudas y mejorar su comprensión de forma que permitan el acceso a la información de los pliegos en las condiciones más óptimas posibles, pero en ningún caso pueden completar carencias que se evidencian en su contenido o definir y detallar aspectos del objeto del contrato que presumen esenciales para su ejecución, pues ello devendría en ventaja para los licitadores que poseen información por circunstancias ajenas a las prescripciones técnicas.

Pero es que, además, no resulta plausible que toda la información que se ofrezca el día de la visita pueda ser reconducible a las aclaraciones publicadas, con lo cual las visitas son generadoras de desigualdad sobre la información que manejan los licitadores asistentes a las mismas y los no asistentes, lo que obliga a justificar el objeto y la necesidad concreta de las visitas, que han de tener carácter excepcional, y en todo caso solicitadas por los licitadores, y consecuencia de ello, la documentación de las mismas no puede limitarse a la publicación de las aclaraciones.

En todo caso, este Tribunal debe volver a recordar que estamos ante un procedimiento de interés comunitario por resultar superior al umbral, con lo que las citadas visitas configuradas como requisitos de admisión a la licitación suponen una patente y manifiesta discriminación para las empresas que no puedan o no estén interesadas en asistir a las mismas, con lo cuál el derecho a la información de estos licitadores no resulta satisfecho por la publicación de aclaraciones en el Portal de Navarra o la página web del Parlamento de Navarra.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Junta de Contratación Administrativa del Estado en Informe 52/2014, de 15 de diciembre de 2015, considerando no sólo que el órgano de contratación no puede impedir el acceso a una licitación a las empresas que decidan no ejercer el derecho a la visitar, porque ello equivaldría a hacer obligatorio lo que la ley configura como un derecho, sino que únicamente cabe la celebración de una entrevista como algo excepcional, sólo a petición del licitador cuando se de el supuesto habilitante para ello, dando posibilidad a los demás licitadores, y motivándose en el expediente con argumentos de proporcionalidad, con la obligación de documentar en un informe que integrará el expediente de contratación todas las actuaciones realizadas y las comunicaciones intercambiadas con los licitadores.

Cómo señala la Sentencia TJCE, Sala Primera, 24 de enero de 2008 (asunto C-532/06):

“40. A tal fin, los licitadores deben hallarse en pie de igualdad a lo largo de todo el procedimiento, lo que implica que los criterios y condiciones que rigen cada contrato han de ser objeto de una publicidad adecuada por parte de las entidades adjudicadoras (véanse en este sentido, en relación con los contratos públicos de obras, las sentencias, antes citadas, Beentjes, apartado 21, y SIAC Construction, apartado 34, así como, en relación con los contratos públicos de servicios, la sentencia ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, antes citada, apartado 22).”

Y cómo también sintetiza la Sentencia TJUE, Sala Primera, de 7 de abril de 2016 (asunto C- 324/14-): *"61 Así pues, por una parte, los principios de igualdad de trato y de no discriminación obligan a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implican, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores. Por otra parte, el objetivo de la obligación de transparencia es garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador. Dicha obligación implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de manera clara, precisa y unívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de noviembre de 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, apartado 44 y jurisprudencia citada)"*éstas se deben aplicar a todos de la misma manera; así como que el artículo 99.2 LCSP, en relación con los Pliegos de cláusulas administrativas particulares, establece que, «en

los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo».

Se sigue de lo anterior que, a fin de garantizar esta igualdad de trato, la información que se suministra a los licitadores debe ser de tal naturaleza que todos puedan comprender su alcance, según recuerda la Sentencia del TJCE, Sala Cuarta, de 12 de noviembre de 2009 (asunto C-199/07): *"38 En concreto, los interesados potenciales deben encontrarse en igualdad de condiciones por lo que respecta al alcance de la información contenida en un anuncio de licitación. Es contrario a esos principios que una categoría de interesados deba dirigirse a la entidad adjudicadora de que se trate para obtener aclaraciones e información adicional acerca del sentido real del contenido de un anuncio de licitación, cuando la formulación de éste no deja ninguna duda respecto de un interesado razonablemente informado y diligente"*.

Más allá va incluso la Sentencia del TJUE, Sala Tercera, 10 de mayo de 2012 (asunto C368/10), en la que se afirma: *"88 En cuarto y último lugar, como se indica en el párrafo segundo de dicho considerando, dichos principios obligan al poder adjudicador a garantizar en todas las fases de un procedimiento de adjudicación de un contrato público tanto el principio de igualdad de trato de los posibles licitadores como el de transparencia de los criterios de adjudicación, que deben formularse de modo que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan conocer su alcance exacto y, en consecuencia, interpretarlos de la misma forma (véase, en particular, en lo que respecta a las disposiciones análogas de las directivas anteriores a la Directiva 2004/18, la sentencia de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom, C-448/01, Rec. p. I-14527, apartados 56 a 58)"*.

En definitiva, la configuración de las visitas al Parlamento de Navarra con carácter previo a la licitación como requisito de admisión de los licitadores supone una limitación al libre acceso a la licitación que resulta a todas luces ilegal a la vez que constata la evidencia de una vulneración del principio de transparencia, igualdad y no discriminación entre licitadores.

UNDÉCIMO:- En lo concerniente a los criterios de adjudicación regulados en el PCAP, el Acuerdo 46/2017, de 21 de julio, dictado por este Tribunal señaló que *"Asimismo, esta falta de determinación se trasmite igualmente a los criterios de adjudicación, que además de ser excesivamente abiertos e indefinidos, caso entre otros de la calidad técnica de la propuesta, mejoras o plan de formación, quedan totalmente abiertos con la referencia etcétera, de tal*

forma que no se puede saber qué elementos son susceptibles de valoración, a lo que hay que sumar que carecen de coeficientes de baremación, lo que supone otra infracción del principio de transparencia que conlleva la nulidad de la licitación.

Particularmente, resulta resaltable que se valoren los prestigios en el sector de las marcas propuestas, lo que a todas luces es un criterio de adjudicación ilegal”.

Los criterios de adjudicación tienen por objeto la determinación de la oferta más ventajosa, estableciendo al respecto el artículo 51 LFCP que:

“1. Los criterios en los que se basará la adjudicación de los contratos serán:

a) Exclusivamente el precio ofertado.

b) En los restantes casos, para determinar la oferta más ventajosa se utilizarán criterios vinculados al objeto del contrato dando preponderancia a los criterios que puedan valorarse mediante fórmulas frente a criterios subjetivos, estableciéndose un mínimo del 50 por 100 de la puntuación a otorgar según estos primeros.

Los criterios se definirán de forma precisa, especificando su importancia relativa, y deberán estar vinculados al objeto del contrato (...) En caso de valorarse la posibilidad de presentar mejoras, deberán expresarse sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato”.

Por su parte, la Directiva 2014/24 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, con efecto directo desde el 18 de abril de 2016, señala en su artículo 67: "*Criterios de adjudicación del contrato*", que: "*3. Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:*

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o

b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

4. Los criterios de adjudicación no tendrán por efecto conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada. Garantizarán la posibilidad de una competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los

criterios de adjudicación. En caso de duda, los poderes adjudicadores deberán comprobar de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

5. El poder adjudicador precisará, en los pliegos de la contratación, la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa, excepto en el supuesto de que esta se determine sobre la base del precio exclusivamente. Esta ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada.

Cuando la ponderación no sea posible por razones objetivas, los poderes adjudicadores indicarán el orden decreciente de importancia atribuido a los criterios".

Por su parte, en su Considerando 90 señala que *"La adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato con el fin de garantizar una comparación objetiva del valor relativo de los licitadores que permita determinar, en condiciones de competencia efectiva, qué oferta es la oferta económicamente más ventajosa. Debería establecerse explícitamente que la oferta económicamente más ventajosa debería evaluarse sobre la base de la mejor relación calidad-precio, que ha de incluir siempre un elemento de precio o coste. Del mismo modo debería aclararse que dicha evaluación de la oferta económicamente más ventajosa también podría llevarse a cabo solo sobre la base del precio o de la relación coste-eficacia. Por otra parte conviene recordar que los poderes adjudicadores gozan de libertad para fijar normas de calidad adecuadas utilizando especificaciones técnicas o condiciones de rendimiento del contrato.*

Por tanto, resulta claro que los criterios de adjudicación, además de ser objetivos en el sentido de referirse a la cualidad objetiva de las ofertas y no subjetiva de los licitadores, deben además estar vinculados al objeto del contrato, es decir tener conexión con el mismo por referirse a las características de la prestación contractual y, ser en principio válidos para valorar las ofertas, debiendo entenderse que no están vinculados al objeto del contrato cuando no se refieren a las prestaciones que ha de facilitarse por el adjudicatario en virtud del contrato.

En segundo lugar, los criterios escogidos por el órgano de contratación deben ser los más útiles para alcanzar dicho fin. Y, por ello, un criterio de adjudicación, debiendo garantizar la posibilidad de competencia efectiva, debe ir acompañado de los requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de las informaciones facilitadas por los licitadores, pues en otro

caso resultaría contrario a los principios de Derecho comunitario en materia de contratación pública.

En tercer lugar, los criterios de adjudicación deben ser precisos y cuantificables, ya que los criterios genéricos, ambiguos o imprecisos constituyen una infracción de los principios de transparencia y publicidad, así como el de igualdad.

Por último, los criterios con arreglo a los cuales se deben valorar las ofertas, además de quedar determinados, deben estar publicados y darse a conocer con la antelación suficiente para que todas las personas potencialmente interesadas en contratar con la Administración puedan conocerlas y formular sus ofertas a la vista de los mismos, tratándose de garantizar con ello la objetividad de la valoración, la igualdad de los ofertantes y que las ofertas presentadas se ajusten lo mejor posible a los intereses públicos representados por la Administración contratante.

Por otra parte, procede añadir que no cabe confundir los criterios de adjudicación con las reglas de valoración de los mismos, es decir cómo se va a llevar a cabo la valoración de los criterios elegidos: si se va a dar preponderancia a unos u a otros o se va a emplear una banda de valores.

Así, señala el Tribunal de Cuentas en su informe número 760, aprobado por el Pleno de 26 de abril de 2007, relativo a la fiscalización sobre los criterios de adjudicación utilizados en el ámbito de la Seguridad social durante los ejercicios 2004 y 2005, que algunas de las actuaciones seguidas en la valoración de las ofertas no han sido adecuadas y recomienda no solo motivar suficientemente en el expediente la elección, la ponderación y las fórmulas o métodos concretos de valoración de los criterios de adjudicación en función de las particularidades de cada contrato, sino que, además, en aras de la mayor transparencia y objetividad del procedimiento de adjudicación, se debería concretar en los Pliegos de manera suficiente y en la medida de lo posible, el contenido y el método de valoración del criterio técnico, más aún teniendo en cuenta que se trata del criterio que, por su propia naturaleza, reviste una mayor subjetividad; de esta forma se evitaría la existencia de un excesivo grado de discrecionalidad en la valoración posterior a realizar por la Mesa de Contratación.

En esta misma línea se han pronunciado los Informes de la Cámaras de Cuentas de Andalucía de fiscalización de la Cuenta General, contratación administrativa y Fondos de

Compensación Interterritorial de 2008, aprobado en febrero de 2010, y el del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas correspondiente a la Cuenta de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi-2008, en los que se recuerda que los criterios objetivos han de estar contemplados en los pliegos de cláusulas de forma ponderada, al objeto de dotar de la máxima objetividad la selección en la oferta, y que sin embargo algunos pliegos analizados por los auditores encuentran ejemplos de criterios de adjudicación definidos de una forma genérica entrando a valorar criterios cualitativos sin que se establezcan normas concretas para su valoración, sin incluirse precisiones en cuanto al contenido de expresiones genéricas y su método de valoración. En otros casos, los criterios del PCAP carecen de los elementos de juicio necesarios que permitan su correcta aplicación en la fase de valoración de las ofertas, ya que no establecen baremo predeterminado en el que fundamentar la concesión de más o menos puntos a las empresas presentadas. Para evitar las situaciones descritas, se recomienda que los pliegos establezcan no solo los criterios de adjudicación, sino también las reglas de valoración o normas relativas al procedimiento de aplicación a tales criterios y que éstas aparezcan tasadas, baremadas y puntuadas, de modo que se respete el legítimo derecho de los licitadores a conocer de antemano en qué medida la primacía de los criterios establecidos va a influir en la adjudicación.

Particularmente, en el caso de las mejoras, tal como señala la Junta de Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 59/2009, de 26 de febrero de 2010, cabe admitirlas cuando impliquen la ejecución de prestaciones accesorias para el contratista sin coste para el órgano de contratación, siempre que se establezcan los criterios de valoración que vayan a aplicárseles y figuren detalladas en los PCAP con la expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente y guarden relación directa con el objeto del contrato.

Dicho de otro modo, las mejoras como criterios de valoración de las ofertas son admisibles si se las objetiva en el sentido de indicarse su contenido mediante la relación de los aspectos concretos de las ofertas sobre las que pueden recaer, así como estar cuantificadas mediante la indicación de cómo serán baremadas, pues de lo contrario existirá un grado de discrecionalidad o subjetividad en la valoración de las ofertas por las Mesas de Contratación o por las unidades técnicas de valoración.

Por tanto, resultando claro que una merma de la precisión y concreción en los PCAP de los criterios de adjudicación en post de una mayor generalidad y ambigüedad, unida a una

carencia de reglas de valoración, conlleva un mayor grado de la subjetividad y discrecionalidad de los órganos de valoración, haciéndose entonces más difícil la motivación de la adjudicación, la cuestión que se impone es que la valoración técnica de las proposiciones no puede quedar desprovista de la necesaria cobertura jurídica que ha de proporcionar el PCAP en el cuál debe encontrar su fundamento como ley del contrato que vincula tanto a licitadores como al órgano de contratación.

Ello se traduce en que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar su oferta como al ser valoradas las ofertas por la entidad adjudicadora (STJUE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica), porque si se admitiera que un licitador presentara su oferta en unas condiciones distintas a las que ha obligado la propia entidad contratante se estaría tratando de forma discriminatoria al resto de licitadores admitidos y vulnerando también el principio de transparencia, que obliga a no modificar las condiciones durante el procedimiento de licitación (STJUE de 24 de abril de 2004 *Succhi di Frutta Spa*).

A este respecto, procede señalar que la entidad contratante ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de servir para valorar las ofertas presentadas por los que concurren a la licitación así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, pero como afirman las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 2004, recurso de casación 7106/00, y de 24 de Enero de 2006, recurso de casación 7645/00, *“no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso”*. Así lo ha puesto de manifiesto este Tribunal en los Acuerdos de 46/2013, de 28 de noviembre o 32/2013, de 7 de octubre, 51/2013, de 24 de diciembre, entre otros.

Por lo señalado, ni los técnicos que auxilian a la Mesa de Contratación ni tampoco ésta son el órgano competente para completar, modificar o subsanar lo dispuesto en el PCAP, pues dicha función debe ser realizada por el órgano de contratación antes de la aprobación de los PCAP, quien deberá solicitar a través de la unidad gestora del contrato todos los informes técnicos correspondientes con el fin de que los mismos estén ajustados a la realidad. Todo ello en aras de lograr la claridad que se debe exigir a las cláusulas del PCAP para garantizar la efectividad de los principios de igualdad y transparencia de la contratación pública.

Expuesta la doctrina consolidada sobre los requisitos que deben cumplir los criterios de adjudicación, procede analizar los concretos criterios de valoración sobre los que se suscita duda jurídica, lo que tiene que conducir a un examen del PCAP que los regula.

Así, la cláusula 10.-. *CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN*, establece que:

“El criterio de adjudicación será la oferta más ventajosa, según la valoración efectuada siguiendo los criterios señalados en este pliego, que se aplicarán de la siguiente forma:

- La propuesta técnica tendrá una puntuación máxima de 30 puntos.*
- La propuesta económica tendrá una puntuación máxima de 70 puntos.*

A) PUNTUACIÓN DE LA PROPUESTA TÉCNICA:

Los requisitos técnicos establecidos en los pliegos técnicos que acompañan a este PCAP tienen consideración de mínimos, por lo que quedarán excluidas de la licitación todas aquellas propuestas que no los cumplan.

Únicamente se tendrá en cuenta para la valoración técnica la documentación aportada en la propuesta técnica siguiendo el esquema de la cláusula 3.4.1. del PPTP.

Las ofertas se valorarán mediante informe, a la vista de las propuestas presentadas por los licitadores. El informe analizará y evaluará cada uno de los apartados siguientes, sin especificar el detalle de las soluciones técnicas de las distintas ofertas, por razón de la protección de la propiedad industrial y la confidencialidad de las mismas.

A salvo de estimaciones específicas señaladas expresamente en el presente pliego, se otorgará a la oferta que más valoración obtenga el máximo de la puntuación correspondiente, y a las demás la pertinente en proporción, asignándose de manera ponderada.

La valoración técnica se divide en los siguientes apartados:

- 1) Calidad técnica global de la propuesta 13 puntos*
- 2) Garantía y mantenimiento 7 puntos*
- 3) Estética de las soluciones propuestas (Presidencia Pleno, escaños, tribuna oradores, canalizaciones, etc.) 6 puntos*
- 4) Formación a técnicos y personal Parlamento 2 puntos*
- 5) Otras mejoras 2 puntos*

TOTAL 30 puntos

Además, la puntuación de cada uno de estos apartados se divide de la siguiente manera:

1) Calidad técnica global de la propuesta (13 puntos):

Calidad de las soluciones propuestas y adecuación de la propuesta técnica a las necesidades del Parlamento de Navarra. Se valorará la información aportada en el apartado “Memoria Técnica” del apartado 3.4.1. del PPTP.

La puntuación global de este apartado se asignará atendiendo al siguiente desglose:

a) Calidad de los equipos, sistemas instalados y diseño de la solución

b) Diseño sistemas de control

c) Diseño solución software especial salón de plenos

d) Metodología del trabajo

TOTAL 13

a) Calidad de los equipos, sistemas instalados y diseño de la solución (5 puntos)

Calidad de los equipos, sistemas, elementos, materiales, instalaciones, y equipos propuestos adicionalmente.

Para su valoración, los licitadores presentarán en sus ofertas, de forma sistematizada e indexada, las especificaciones técnicas de todos los equipos. El análisis se realizará en atención a las características técnicas de los mismos: su robustez, prestaciones, adecuación, facilidad de uso, el prestigio de las marcas o modelos en el sector, etc.

Incluirán el diseño y descripción de las líneas completas de todos los sistemas y su interconexión (diagramas de las líneas de equipos, esquemas de la instalación, diagramas de flujos, etc.) con detalle.

Se analizará la adecuación e idoneidad de la línea completa del sistema a lo solicitado, los posibles fallos que presente y su seguridad, etc. Se analizarán, asimismo, las tecnologías adicionales o superiores propuestas y empleadas por los licitadores en su solución “llave en mano”, etc.

Continuidad, modularidad y adaptación a cambios. Especialmente examinadas serán la continuidad de la solución, redundancia, sobredimensionamiento, escalabilidad o potencialidad de la solución para posibles ampliaciones y necesidades a corto y medio plazo, preinstalaciones físicas o facilidades incorporadas en el software para futuras instalaciones.

Se valorará, entre otras, soluciones en caso de fallos en las líneas que permitan el funcionamiento de la solución sin paradas, números de fuentes primarias y secundarias, margen para nuevas conexiones, tomas, entradas, salidas, etc.

b) Diseño Sistemas de Control (4 puntos).

La calidad y la funcionalidad de los sistemas de control en todos los espacios del Parlamento. Valorando la sencillez de uso para el usuario final, el diseño gráfico, la adaptabilidad a futuras ampliaciones, el tiempo de respuesta ante posibles errores de diseño, etc.

c) Diseño solución de software especial Salón de Plenos (3 puntos).

La calidad y la funcionalidad del software especial para el control de la Presidencia y del operador de las sesiones plenarias. Se valorará la sencillez de uso, el diseño gráfico de la solución, la adaptabilidad a los cambios de versiones de software del fabricante, las funcionalidades previstas, etc.

d) Metodología del trabajo (1 punto).

Se valorará la programación de los trabajos (mediante diagrama de Gantt) y tabla explicativa con tareas, recursos y tiempo estimado, y con definición y justificación, con desglose en las diferentes actividades con los diferentes medios técnicos y humanos que asigne el licitador, así como su ejecución y coordinación. Se tendrá en cuenta la claridad en la presentación y el detalle de la misma que indique claramente cómo se desarrollará la ejecución del proyecto.

2) Garantía y mantenimiento (7 puntos).

Se valorará la información aportada en el apartado “Garantía y mantenimiento” del apartado 3.4.1. del PPTP.

La puntuación global de este apartado se asignará atendiendo a los parámetros del siguiente desglose:

a) Ampliación de garantía 2

b) Mantenimiento 5

TOTAL 7

a) Ampliación de garantía (2 puntos):

0 puntos para aquellas propuestas cuyo plazo de garantía sea de 2 años.

0,5 puntos más por 1 año adicional que, en calidad de prórroga, se amplíe la garantía en las mismas condiciones, con un máximo de 2 puntos.

b) Mantenimiento (5 puntos).

Se refiere al alcance del mantenimiento de las instalaciones, sistemas y equipos ofertados, las tareas relacionadas con la operación de los eventos, y el sistema postventa. Se valorarán especialmente en este apartado:

□ *El alcance del mantenimiento, plan operativo, y frecuencias ofertadas por los licitadores. Disponibilidad de técnicos presenciales y régimen horario, especialmente en la rapidez de respuesta ante posibles cambios en la planificación de los eventos, valorándose que el personal adscrito pertenezca a un centro de trabajo situado a una distancia de 1 hora de la sede del Parlamento de Navarra. Plan de soporte técnico con su previsión de contingencias, tiempo de respuesta, revisiones, ajustes, herramientas, y las utilidades o herramientas que faciliten para la realización de un primer diagnóstico o autodiagnóstico en caso de incidencias o averías de los propios sistemas, etc. (2 puntos).*

□ *Calidad técnica del mantenimiento: se valorará que los sistemas dispongan del apoyo prestado por funciones de auto-diagnóstico incorporadas, que se especificarán expresamente en las ofertas. Se valorará el compromiso de actualizaciones de hardware y software de equipos y elementos que permitan disponer de las máximas prestaciones de los mismos durante sus vidas útiles. (2 puntos).*

□ *Se valorará que los elementos, equipos, instalaciones y materiales ofertados cuenten con servicio técnico oficial en España y/o Europa (1 punto).*

3) Estética de las soluciones propuestas (6 puntos).

Se valorará la información aportada en el apartado “Estética de las soluciones propuestas” del apartado 3.4.1. del PPTP.

Se valorará especialmente las calidades y las soluciones que se aporten para conseguir que la estética de las instalaciones no desentone con el estado actual del espacio arquitectónico. Las actuaciones que habrá que realizar tienen que ver con las mesas y el atril de Salón de plenos, las mesas de las Salas de comisiones, mesas de prensa, las canalizaciones vistas, la suportación y la estética final de todos los elementos colgantes que hay que colocar en las nuevas instalaciones.

La puntuación global de este apartado se asignará atendiendo los parámetros del siguiente desglose:

- a) Calidades de actuaciones arquitectónicas sobre salón de Plenos y otros espacios 4*
- b) Canalizaciones vistas 1*
- c) Terminaciones de equipamiento visto en las salas 1*

TOTAL 6

- a) Calidades de actuaciones arquitectónicas sobre Salón de Plenos y otros espacios (4 puntos).*

Se valorará el diseño y ergonomía adaptada e integrada en el mobiliario actual del hemiciclo, cuidando, muy especialmente, la estética e integración de los acabados que deben ser en los mismos materiales actuales. Se valorará por tanto toda la información que se pueda aportar de las soluciones. Sirvan como ejemplo:

Los croquis y diseños (dibujos) de la vista frontal y lateral, así como de las tomas y cableado de su solución (frontal y lateral) del panel de audio y votación del puesto de la Presidencia y su integración en la mesa, incluidas las medidas y la especificación de las calidades de todos los elementos integrantes (equipo adicional, conexiones, leds, botones, micrófonos, altavoces, módulo de votación, etcétera).

Los croquis y diseños (dibujos) de la vista frontal y lateral del atril de orador del hemiciclo integrando la pantalla-reloj que el licitador proponga, así como de las tomas y cableado de su solución, incluidas las medidas y la especificación de las calidades de todos los elementos integrantes.

Los croquis y diseños (dibujos) de la vista frontal y lateral, así como de las tomas y cableado de su solución (frontal y lateral) del panel de datos y las tomas eléctricas, así como de la posición y ubicación del pupitre del sistema de conferencias y votación de los escaños de Parlamentarios, incluidas las medidas y la especificación de las calidades de todos los elementos integrantes.

Los croquis y diseños (dibujos) de cómo quedarían integradas las mesas de prensa con el equipamiento y las tomas de conexión que el licitador proponga.

b) Canalizaciones vistas (1 punto).

Se valorará el diseño, color y estética de todas las canalizaciones vistas, cuidando, muy especialmente, la estética e integración con la arquitectura actual. En cualquier caso, se deberán aprobar estas canalizaciones antes de su ejecución por la Dirección facultativa.

Se valorará por tanto toda la información que se pueda aportar de las soluciones: croquis o simulaciones de cómo quedarían las soluciones, modelos de cableado o canalización específicos etc.

c) Terminaciones de equipamiento visto en las salas (1 punto).

Se valorará la estética y color de los elementos visibles en las salas, teniendo como objetivo su máxima integración, así como las soluciones estéticas de la suportación de todos los elementos. También se valorará la disposición de los elementos en los cuartos técnicos. Se valorará por tanto toda la información que se pueda aportar de las soluciones. Sirva como ejemplo:

y *Los croquis y diseños (dibujos) de cómo quedarían los cuartos técnicos con sus puestos y equipamiento de sistemas que el licitador proponga en el Salón de Plenos y las salas de comisiones.*

Se especificará la solución estética de integración de las cámaras y los soportes en todas las áreas del proyecto en las que se requiera su uso.

4) Formación a los técnicos y personal del Parlamento (2 puntos)

Se valorará la información aportada en el apartado “Formación a los técnicos y personal del Parlamento” del apartado 3.4.1. del PPTP. Se valorarán los siguientes parámetros:

Contenido del plan de formación, tanto para el personal del área de mantenimiento, como para el resto de usuarios menos técnicos, valorándose la programación, duración y horarios, el carácter práctico de la formación, periodo de pruebas, etc. (1,5 puntos)

Material y documentación a entregar para la formación (0,5 puntos).

5) Otras mejoras (2 puntos).

Se valorará la información aportada en el apartado “Otras mejoras” del apartado 3.4.1. del PPTP. La puntuación global de este apartado se asignará atendiendo los parámetros del siguiente desglose:

a) Incorporación de las cámaras de las salas de comisiones y de los monitores del hemicycle de la Fase II a la Fase I de la instalación 1,5

b) Poner a disposición del Parlamento CCUs del sistema antiguo de DCN hasta el fin de la instalación de la Fase II 0,5

TOTAL 2

El proyecto se ha planteado en dos fases operativas de trabajo para la conclusión final de los trabajos. Existe una serie de elementos de equipamiento que se ha previsto incorporar en la Fase II del proyecto, entre los que se encuentran:

a) 2 Cámaras de las salas de comisiones y 2 monitores del Salón de Plenos (1,5 puntos)

Se valorará, por tanto, el adelanto de la instalación de este equipamiento a la primera fase de los trabajos.

b) Se valorará la aportación de unidades de control CCUs funcionales del sistema actual de DCN que está instalado en el Parlamento de Navarra, hasta que finalice la instalación de la Fase II, dando de este modo seguridad a la instalación antigua hasta su completa renovación (0,5 puntos).

1 CCU: 0,25 puntos

□ 2 CCUs: 0,50 puntos

B) PUNTUACIÓN DE LA PROPUESTA ECONÓMICA

La puntuación máxima correspondiente a este apartado es de 70 puntos. La valoración económica se hará sobre la cifra total resultante de sumar los siguientes apartados

(A+B):

A) Importe global correspondiente a la Fase I + Fase II.

B) Importe del mantenimiento correspondiente a dos años + importe resultante del precio/hora operador x 1.000 horas (considerando los dos años).

La propuesta económica se valorará otorgando la puntuación máxima a la proposición más económica, y al resto de manera proporcional según la siguiente fórmula:

$$Vi = Po \times Vo / Pi$$

Siendo: Vo: puntuación máxima.

Vi: puntuación referida a la proposición i-ésima, para i = 1, 2, ...

Po: oferta económica más baja

Pi: oferta económica de la proposición i-ésima, para i = 1, 2, 3 ...

La PUNTUACIÓN TOTAL será la resultante de la suma de las puntuaciones de la propuesta técnica y económica, siendo el máximo 100 puntos.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 91.2 de la LFCP, podrá presumirse que una oferta es anormalmente baja, cuando sea inferior en treinta puntos porcentuales al importe estimado del contrato, señalado en la cláusula 3 de este pliego.

En caso de empate entre dos o más licitadores, se dirimirá a favor de la empresa que tenga un mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad, siempre que éste no sea inferior al 3 por 100; en su defecto o persistiendo el empate, a favor de la empresa con un menor porcentaje de trabajadores eventuales, siempre que éste no sea superior al 10 por 100 y, en su defecto o persistiendo el empate, a favor de la empresa que acredite la realización de buenas prácticas en materia de género, atendiendo en todos los supuestos a la concurrencia de las citadas circunstancias en el momento de la finalización del plazo de presentación de ofertas.

A tal efecto, se requerirá a las empresas afectadas la documentación pertinente, otorgándoles un plazo de cinco días para su aportación.

En el caso de que en la aplicación de los criterios anteriores persistiera el empate, éste se resolverá mediante sorteo”.

Al respecto, la entidad adjudicataria ha manifestado en el segundo de sus informes aportados que los criterios de adjudicación están perfectamente descritos y cada uno se desglosa

en varios niveles y subniveles con el detalle de las características a tener en cuenta, lo que resulta procedente comprobar a la luz de la regulación contenida en el PCAP.

Sin embargo, la descripción no es sinónimo de precisión, pues lo determinante para verificar que los criterios de valoración cumplen con las exigencias de transparencia es que de ellos resulte con precisión la información de qué se va a valorar en las ofertas técnicas de los licitadores y de cómo se va a valorar, es decir, cómo se va a realizar el sistema de comparación entre ellas desde la perspectiva que deben ofrecer la información suficiente a los licitadores para que puedan confeccionar sus ofertas.

En todo caso, resulta preciso señalar, cómo ya se avanzó al tratar la cuestión de los requerimientos técnicos mínimos impuestos a las ofertas, que los criterios de adjudicación constituyen una extensión de las prescripciones técnicas mínimas, de modo que constituyen el suelo del que debe partirse en la evaluación de las ofertas porque sólo aquellas que mejoren los requisitos o aspectos técnicos mínimos fijados en la licitación pueden recibir puntos, siendo que en este caso dicha operación se revela difícil, si no imposible, dadas las deficiencias de la regulación que presentan dichas prescripciones técnicas por su falta de precisión en la determinación de cuáles son aquellos requisitos técnicos insoslayables, cuya ausencia debe conducir a la expulsión de la oferta de la licitación, cuáles son aquellos que no siendo imprescindibles aportan un valor añadido al objeto de la licitación, y en dicha medida deben ser valorados en la proporción fijada en el PCAP, y aquellos otros respecto de los cuáles el órgano de contratación ha entendido que no suponen una cualificación para el mismo y por dicha razón no se tendrán en cuenta en la comparativa que sirva para seleccionar la mejor oferta.

Si lo señalado se une a la falta de determinación en alguna de las prestaciones ya señalada en el curso de este Acuerdo, particularmente la que afecta al contrato de suministro por no estar concretado qué equipos existentes en la instalación actual se mantienen, lo cual, evidentemente, va a repercutir en la fijación del precio del contrato, y también la referida duplicidad existente entre varias de las prestaciones licitadas, se advierte que, en el caso que nos ocupa, las exigencias legales que se imponen con carácter general en la redacción de los criterios de valoración requieren, si cabe, una mayor ajuste para garantizar la absoluta efectividad del principio de transparencia y el consiguiente de igualdad y no discriminación.

Comenzando el análisis por el criterio “*Calidad técnica de la propuesta*”, valorado con 13 puntos sobre 30, se comprueba que divide en una serie de subcriterios: calidad de los equipos

y sistemas instalados y diseño de la solución (5 puntos), diseño sistemas de control (4 puntos); diseño solución software especial salón de plenos (3 puntos) y metodología del trabajo (1 punto), que a su vez son objeto del correspondiente desarrollo explicativo.

El apartado calidad de los equipos, sistemas instalados y diseño de la solución se alude a la calidad de los equipos, sistemas, elementos, materiales, instalaciones y equipos propuestos adicionalmente y para su valoración se centra el análisis de:

- las características técnicas de los equipos: robustez, prestaciones, adecuación, facilidad de uso, prestigio de marcas o modelos en el sector, etc. La adecuación de idoneidad de la línea completa a lo solicitado, los posibles fallos que presente, su seguridad, etc. Las tecnologías adicionales o superiores propuestas y empleadas por los licitadores en su solución "llave en mano", etc.
- Continuidad, modularidad, adaptación a cambios, redundancia, sobredimensionamiento, escalabilidad o potencialidad de la solución para posibles ampliaciones y necesidades a corto y medio plazo, preinstalaciones físicas o facilidades incorporadas en el software para futuras instalaciones.
- Soluciones en caso de fallos en las líneas que permitan el funcionamiento de la solución sin paradas, números de fuentes primarias y secundarias, margen para nuevas conexiones, tomas, entradas, salidas, etc.

Pues bien, del examen del subcriterio se deriva que, tal cómo está definido, se compone de una amalgama de conceptos expuestos sin ninguna prelación entre ellos y desprovistos de coeficientes de ponderación de los que pueda extraerse alguna idea que permita conocer a sus destinatarios, esto es los licitadores, cómo van a interactuar entre sí para la correcta valoración de las ofertas, de modo que no puede admitirse que permitan identificar con la suficiente precisión y claridad en qué consiste este criterio y, en definitiva, qué pautas se van a seguir en la valoración de las ofertas: qué aspectos se van a valorar y cómo se va a valorar, lo cuál no sólo no facilita sino que, por contra, viene a dificultar cuáles deben primar los licitadores en sus proposiciones.

A mayor abundamiento, no queda explicitado qué se entiende por robustez, cuáles son sus características, o cuáles son las prestaciones de los equipos a valorar, máximo teniendo en cuenta la advertencia realizada sobre la indefinición del PPTP, de modo que se hace imposible determinar que aspectos técnicos mejoran los definidos en los documentos técnicos y sobre ellos cuáles van a recibir puntos y en qué proporción.

Tanto respecto al prestigio de las marcas o modelos en el sector como de la utilización reiterada del término “etc” hizo referencia este Tribunal en su Acuerdo 46/2017, de 21 de julio.

Respecto al primero de los aspectos, sólo cabe señalar que resulta inadmisibles jurídicamente en cuanto no tiene vinculación alguna con el objeto del contrato por depender de la plena subjetividad del órgano de valoración de las ofertas, encubriendo una auténtica arbitrariedad de la entidad contratante, por más que la misma, según señala en su informe, no deje de considerarla más que una mera referencia de los más de seis subapartados que se utilizan, e independientemente de que haya sido utilizado o no por la Mesa de Contratación en su valoración técnica, separación, en su caso, del PCAP que no viene explicada ni mucho menos justificada.

Por contra, resulta claro que el órgano de contratación decidió, en el ejercicio de su facultad discrecional, utilizarlo para definir el criterio calidad y servir así de parámetro a los licitadores en la redacción de sus propuestas. Y, precisamente, no resulta una referencia aislada y desprovista de importancia porque no se puede obviar que el diseño del contrato se ha configurado sobre marcas concretas comerciales utilizadas para señalar todas las especificaciones técnicas del equipamiento a suministrar, sin desconocer tampoco que en la fase de selección de los licitadores se ha primado dicho prestigio a través de la necesidad de acreditar que las marcas a suministrar estuvieran ya instaladas en España.

En lo que concierne a la reiterada utilización del término “etc” en el desglose del subcriterio, la entidad contratante lo dice todo al apuntar que “(...) *después de una enumeración exhaustiva de criterios concretos, sólo puede interpretarse en el sentido de que es la enumeración es indicativa y que se admiten otros criterios semejantes, lógicamente dentro de los principios de equidad y transparencia (...)*” porque significa reconocer implícitamente que el criterio de adjudicación queda totalmente abierto, al albur de las características que pueda añadir cada licitador, según tenga por conveniente, en las ofertas que presenten y que la entidad contratante podrá valorar, lo que de nuevo se orienta hacia una nueva arbitrariedad en la valoración de las ofertas, lo que no es muestra de ninguna rigurosidad en el respeto del principio de transparencia.

Por contra, en este caso queda revelada la ambigüedad e indefinición de los criterios advertida inicialmente por este Tribunal, que no ha sido despejada por la entidad contratante en

el curso de sus alegaciones, en las que no ha aclarado qué características configuraban la calidad de las ofertas ni qué prestaciones resultaban relevantes a dichos efectos ni tampoco que otros aspectos pueden considerarse semejantes a los enumerados exhaustivamente y en qué medida, partiendo que, en principio, enumeración exhaustiva y enumeración indicativa son conceptos antitéticos.

Y a este respecto procede también tener en cuenta que el propio subcriterio “*es comprensiva de mejoras, tecnologías adicionales o superiores*”, no se ajusta a los requisitos exigidos legalmente por su generalidad e imprecisión porque no permite definir cuáles son sus modalidades y características, es decir, qué se entiende por mejora tecnológica ni en qué se puede concretar ni en qué casos se puede considerar adicional o superior, partiendo de que por mejora hay que entender aquella prestación accesoria que no viene exigida dentro del objeto del contrato.

Lo mismo cabe señalar de los subcriterios “*Diseño sistemas de Control y Diseño solución de software especial Salón de Plenos*” (valorados con 4 y 3 puntos, respectivamente), que se explicitan sobre la calidad y funcionalidad pero sin concretar qué características técnicas van a valorarse de un modo especial dentro de dicha calidad y funcionalidad y cómo se van a valorar.

Por último, el último de los subcriterios que configura el criterio calidad es la metodología de los trabajos, valorándose la programación de los trabajos, tareas, recursos, medios técnicos y personales y la claridad y detalle en la presentación de la ejecución del proyecto.

En relación con el criterio de adjudicación calidad, la Resolución 12/2012, de 30 de agosto, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León señala que “*Como recuerda la Resolución 10/2012, de 3 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, “Es doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras muchas, la Sentencia de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto 532/06), que el principio de igualdad de trato comporta una obligación de transparencia y exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos. Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o*

subcriterios relativos a los criterios que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores. Asimismo, este criterio es recogido en diversas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, citando, entre otras, las recientes resoluciones 284/2011, de 23 de noviembre de 2011, y 301/2011, de 7 de diciembre de 2011.

A la luz de esta doctrina, se considera que en el presente caso la indeterminación de los pliegos, tanto en cuanto a las características técnicas de los productos -sobre las que las indicaciones son mínimas- como en cuanto a la escasa claridad del método a emplear para la valoración de la calidad técnica de éstos, supone una vulneración de los principios de igualdad de trato y transparencia, los cuales, como se indicó anteriormente, son rectores de la contratación pública por mandato del artículo 1 TRLCSP, por lo que procede igualmente estimar la pretensión con fundamento en este motivo de impugnación".

Argumenta, asimismo, la Resolución 80/2011, de 23 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que, aunque *“sea posible establecer como criterio de adjudicación determinadas características atinentes a la calidad de la oferta, partiendo del cumplimiento mínimo de las prescripciones técnicas previstas en el PPT, es preciso que tales características se expongan en el PCAP y se atribuya a las mismas una puntuación baremada (...)”*

En este sentido, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en Acuerdo 68/2014, concluye que el método de valoración recurrido no cumple con las exigencias de transparencia, en tanto no explica, ni sucintamente, cómo se va a realizar el sistema de comparación ni como se puede obtener la puntuación que se contempla en el pliego, puesto que no son cuestiones que puedan ser decididas por la posterior valoración de los técnicos en el momento, pues toda regla de adjudicación y ponderación debe ser publicada y conocida con carácter previo por los licitadores. En consecuencia, estima el motivo del recurso y declara la ilegalidad del motivo de adjudicación en aplicación de la doctrina de la STJUE de 4 de diciembre de 2003, C-448/01, EVN AG, —que se refiere a la hipótesis de que la anulación de un criterio de adjudicación de forma previa a la adjudicación del contrato— se declara la anulación de todo el procedimiento.

El segundo de los criterios regulados en el PCAP es la “Garantía y mantenimiento” (valorado con 7 puntos sobre 35), quedando desglosado en dos subcriterios, ampliación de garantía y mantenimiento, cada uno de los cuáles debe estar vinculado, en principio, a una prestación distinta (suministro y mantenimiento, respectivamente) pero la confusión entre el

objeto de una y otra y la duplicidad de obligaciones resultantes de una y otra y también con las propias del contrato de asistencia técnica presencial en el Pleno y en eventos, apreciada ya por este Tribunal como una vulneración del principio de eficiencia, se traduce igualmente en una ambigüedad y falta de definición del mismo.

En este sentido, la superposición que resulta entre la garantía legal de dos años (apartado 3.7 PPTP) que tanto el proveedor seleccionado como el fabricante debe otorgar al Parlamento de Navarra, a la que se añade la garantía comercial del suministrador de otros cuatro años que pueden ofrecer los licitadores, lo cuál hace un total de seis durante los cuáles se impone al suministrador la obligación de responder ante las incidencias que surjan con la correspondiente obligación de reparación o reposición de las piezas del equipamiento afectadas por la existencia de irregularidades en su funcionamiento, a la que se añade la de actualizar el hardware y el software para que todos los equipos se encuentren al día de prestaciones a la fecha final de la garantía, se superpone un mantenimiento (apartado 3.8 PPTP) correctivo y preventivo con el desglose de tareas y actuaciones relacionadas en el mismo y que ya han sido objeto de examen en este Acuerdo.

Siendo así, estableciéndose, en primer lugar, que se valorará en el subcriterio mantenimiento el alcance del mismo, la duplicidad acreditada entre las distintas prestaciones del contrato sólo puede conducir a su anulación por su falta de determinación, máximo cuando en la referencia utilizada por el órgano de contratación no se ha explicitado qué tareas o actuaciones concretas en el ámbito del mantenimiento confiere un plus adicional sobre el contenido obligatorio de la prestación a efectos de ser valorado.

Pero, aún más, porque por si no fuera suficiente las deficiencias que presenta este criterio, este Tribunal no puede pasar por alto como se revela una nueva manifestación de la falta de determinación del contrato de suministro (Página 13 PPTP) en el hecho de que se obliga al adjudicatario a realizar el mantenimiento no únicamente sobre el equipamiento suministrado e instalado sino que el mismo se extiende también sobre los elementos e instalaciones que formaban parte del sistema con anterioridad a la firma del contrato, indeterminación causante de vulneración del principio de transparencia y de igualdad y no discriminación porque impide conocer qué equipos hay que mantener y qué antigüedad tienen, con lo cuál es absolutamente imposible determinar el alcance y coste del mantenimiento.

Igualmente, ocurre con la referencia al "*Plan de soporte técnico con su previsión de contingencias, tiempo de respuesta, revisiones, ajustes, herramientas, y las utilidades o herramientas que faciliten para la realización de un primer diagnóstico o autodiagnóstico en caso de incidencias o averías de los propios sistemas*".

Y lo propio señalar de la calidad técnica del mantenimiento (2 puntos), en el que se indica que se valorará "*el compromiso de actualizaciones de hardware y software de equipos y elementos que permitan disponer de las máximas prestaciones de los mismos durante su vida útiles*", cuando hemos dicho que forma parte de la obligación de garantía y cuando el mantenimiento no puede abarcar toda la vida útil de los equipos porque se reduce a dos años de contrato. Al propio tiempo, valorar la existencia de servicio técnico oficial en España y/o Europa (1 punto) debe relacionarse con la prestación de garantía y no de mantenimiento, por lo que se está valorando una obligación que forma parte de una de las prestaciones del contrato.

Asimismo, llama la atención la importancia cuantitativa que se otorga a una prestación duplicada cómo es el mantenimiento cuando lo cierto es que cuantitativamente tiene una importancia muy relativa sobre el total del contrato, siendo que su valor estimado alcanza un máximo de 30.000 euros para los dos años licitados sobre un total de 796.000 para el valor estimado del contrato licitado, lo que supone un 3,77 % del mismo, pero recibe 5 puntos sobre 35 del total de la valoración técnica, esto es, un 14,28%, mientras que una garantía que adiciona cuatro años, contra dos del mantenimiento, obtiene tan sólo 2 puntos. Obviamente, dicha falta de proporcionalidad revierte directamente de modo negativo en su vinculación con el objeto del contrato.

El tercer criterio de valoración incluido en el PCAP es la "*Estética de las soluciones propuestas*" (6 puntos), cuyos parámetros de desglose son las calidades de las actuaciones arquitectónicas (4 puntos), canalizaciones vistas (1 punto) y terminaciones de equipamiento visto en las salas (1 punto).

En este criterio se valora el diseño, ergonomía adaptada e integrada en el mobiliario actual de los espacios (calidad), diseño, color y estética y la integración en la arquitectura actual (canalizaciones) y estética y color de los elementos visibles, así como la disposición de los elementos en los cuartos técnicos (terminaciones de equipamiento), sin indicar referencia alguna que permita atisbar, fuera de la necesaria integración con la estética actual de los espacios en los que se materialice la instalación de los elementos, qué línea de estética se va a primar o sobre

qué gama de colores procede centrar la oferta de los elementos que forman parte de la oferta o qué tipo de terminaciones se pueden ofrecer, ni tampoco establecer una priorización o una baremación de valores que indique cómo se van a valorar.

A mayor abundamiento, la referencia realizada a la necesidad de que, en el caso de las canalizaciones vistas, se deberán aprobar las canalizaciones antes de su ejecución por la Dirección Facultativa, constituye un indicio claro que se está valorando como criterio de adjudicación una mera hipótesis en cuanto susceptible de modificación a juicio de la Dirección Facultativa, lo cual no se acomoda a las exigencias impuestas legalmente a los criterios de valoración de que sean certezas acreditadas, por muy poca puntuación que se les otorgue, sin perjuicio de la incidencia que tiene sobre lo ya apuntado de la inadmisibilidad jurídica de la modificación de la oferta tras la adjudicación y según juicio de la denominada dirección facultativa.

El cuarto criterio de adjudicación valora la “*Formación a técnicos y personal del Parlamento*” con un máximo de 2 puntos atendiendo a los parámetros de su contenido (1,5 puntos) y del material y documentación a entregar (0,5 puntos)

El contenido del plan de formación, tanto para el personal del área de mantenimiento como para el resto de usuarios menos técnicos, valora la programación, duración y horarios, el carácter práctico de la formación, período de pruebas, etc, con lo cual entendiendo el criterio aportado por la entidad contratante, los licitadores pueden aportar otros aspectos semejantes a valorar porque los referidos sólo tienen carácter indicativo, lo que lleva ab initio a alcanzar la conclusión del carácter abierto del criterio objeto de examen.

Sin perjuicio de lo señalado, resulta preciso resaltar, en primer lugar, que el criterio prescinde de un suelo a partir del cuál las empresas licitadoras puedan confeccionar su oferta toda vez que no fija un contenido mínimo de la formación, ni con carácter general ni en función de tipos de usuarios, las horas mínimas y máximas, los horarios de referencia ni la duración mínima ni máxima; ni siquiera el carácter de la formación y cómo se valora discriminando entre tipos de formación (on line, presencial, continua), déficit que va a impedir a las licitadoras tener en cuenta los criterios sobre los que confeccionar sus ofertas y obtener una comparación objetiva entre ofertas que carecen de la necesaria homogeneidad.

A mayor abundamiento, llama a este Tribunal la atención que se incluya y se valore en parte una formación destinada al propio personal de la empresa licitadora que se configura como personal especialista del mantenimiento de los equipos e instalaciones objeto del contrato cuando su formación debe ser cubierta por su empresa con carácter previo al inicio del contrato, máximo cuando, además, se ha regulado como condición de ejecución del contrato la necesidad de adscribir determinado personal cualificado en función del desempeño de la función a realizar, cualificación explicitada a través del curriculum vitae aportada por las empresas, de modo que ha de concluirse que este criterio no tiene vinculación alguna con el objeto del contrato.

En este sentido, el apartado 3.10 PPTP señala *que "Los servicios prestados por la empresa adjudicataria utilizando equipo profesional y humano propio, cubriendo los perfiles exigidos en el pliego, que resulten necesarios para hacer posible su cumplimiento en forma y plazo.*

El personal de la empresa adjudicataria deberá poseer una experiencia y capacitación profesional suficiente y demostrada para llevar a cabo por sí mismos la totalidad de los servicios.

Deberán incluirse en la oferta los mecanismos de coordinación entre el Parlamento de Navarra y el adjudicatario, curriculums, medios técnicos y otros elementos relevantes".

Explícitamente, en el apartado 3.10.1. Medios Humanos, se exigen los perfiles que el licitador debe incluir en su oferta, entre los que se incluyen Responsable de Operación y Mantenimiento, que debe contar con un mínimo de cinco años de experiencia, y Técnicos de Mantenimiento, cuyo cometido consiste en *"las revisiones periódicas de las instalaciones y equipamiento. Realizando la puesta a punto y reparaciones necesarias".*

Finalmente, en quinto lugar, el PCAP cierra la regulación de los criterios de adjudicación con "Otras mejoras" a las que otorga una valoración máxima de 2 puntos según el desglose compuesto por la incorporación de las cámaras de las salas de comisiones y monitores del hemicycle de la Fase II a la Fase I de la instalación (1,5 puntos) y la puesta a disposición del Parlamento CCUs del sistema antiguo de DCN hasta el fin de la instalación de la Fase II (0,5 puntos), lo que se traduce en la valoración del adelanto de la instalación del equipamiento a la primera fase de los trabajos y la aportación de unidades de control del sistema actual instalado en el Parlamento de Navarra hasta la finalización de la Fase II.

Sin embargo, las citadas mejoras contempladas no son tales porque no constituyen prestaciones adicionales, extraordinarias, al objeto del contrato, vinculadas a él que conviertan al objeto contractual en mejor, incrementando su valor si se ofertan por los operadores económicos. En este sentido el TACPA ha manifestado que *"por mejora hay que entender todo aquello que perfecciona la prestación del contrato sin que venga exigido o determinado, en las prescripciones que definen el objeto del mismo"*, en los Acuerdos 8/2012, de 7 de febrero y de 18 de julio.

Ciertamente, en este caso no se está valorando una prestación accesoria o extraordinaria que incrementa el valor del objeto del contrato sino una modificación de la duración del contrato, en la medida que supone un acortamiento de la duración del mismo al adelantarse la fase II a la fase I, dejando así la duración del contrato, elemento esencial del mismo, al propio arbitrio del licitador en contra de la necesaria fijación del tiempo del contrato por parte de la entidad contratante en función del interés público cuyo fin pretende satisfacer la licitación, porque si considera un valor añadido adelantar la Fase II a la Fase I no hay ninguna razón de que no se establezca así en el contrato sin necesidad de someterse a la disponibilidad que puedan ofrecer los licitadores.

A mayor abundamiento, la indefinición, generalidad y falta de precisión de los criterios examinados queda refrendado en la valoración técnica de las ofertas realizada por la Mesa de Contratación a la luz de la asistencia técnica recibida, resultando particularmente revelador que el informe de valoración técnico emitido por la Consultoría de Ingeniería Niotec recoja dentro de su apartado 1, Valoración que *"(...) Todos los criterios planeados en esta valoración se han basado en una apreciación técnica de la solución, a partir de la cuál el Parlamento puede extraer sus propias conclusiones y establecer valoraciones diferentes que pongan en valor aspectos que son más importantes en la organización y modo de trabajo del propio parlamento. En base a esto es posible que las puntuaciones (...) dispongan de otro criterio de valoración que pueda mejorar la operatividad final de las instalaciones del parlamento (...)"*, lo que conduce a admitir que la valoración técnica se orienta a resaltar los aspectos de las ofertas que el Parlamento de Navarra entienda que son importantes para su organización y modo de trabajo y a tener en cuenta criterios de valoración que puedan mejorar la operatividad final de las instalaciones del Parlamento, operación que no tiene encaje alguna en la configuración de los criterios de adjudicación dentro de una licitación.

Así, se comprueba que la puntuación asignada a las ofertas en los distintos apartados parte de una comparativa entre el listado de mejoras que se atribuye a cada una de ellas, como se hace constar en la página 8 del informe de valoración técnica 5. “Soluciones en caso de fallos”, dentro del criterio calidad, *"Estas puntuaciones se realizan siguiendo la premisa de mayor puntuación al que mejor solución plantee.*

Dentro de cada propuesta se valoran la base de trabajo y las mejoras. Se añade una puntuación más solamente con las mejoras para dar más importancia a este hecho.

La diferencia de puntuación en las mejoras podrá variar en función de si se quiere dar más importancia a las mejoras sobre el sistema de conferencias o sobre el resto".

Sin embargo, consecuencia de lo ya advertido respecto de la falta de concreción en cuanto a modalidades y características generales de dichas mejoras, se muestra la heterogeneidad de las características de las ofertas presentadas por los licitadores, bajo las que no existen ningún patrón común, revelándose con ello la falta de transparencia en la información que resulta del PCAP y PPTP.

Así, por ejemplo, en la valoración de la calidad técnica equipos, sistemas y diseño, la Mesa de Contratación apreció las siguientes mejoras en las funcionalidades propuestas por los licitadores:

a) BGL: *"funcionalidad de conversión de vídeo analógica para el segundo grabador de reserva de Séneca en el salón de plenos; conversores de SDI-HDMI cambian y mejoran con los AJAH15-Plus; añaden la información de partida alzada de latiguillos que entregan; en la sala polivalente cierran ellos los huecos que hagan falta para la colocación de luminarias y el proyector; procesador de control AMX más potente que los presentados por las otras propuestas de Creston ya que dispone de más puestos de control"*

b) Telefónica: *"micrófono direccional HD Mic; auriculares para los puestos de traducción".*

c) Telesonic-Ostiz: *"CCU de control del salón de plenos de reserva, que también se puede utilizar en las salas de comisiones; añaden un PC de presidencia de reserva, lo que permite disponer de un cambio rápido del control del sistema de conferencias de presidencia; añaden los módulos de aislamiento del sistema de conferencias para la zona de presidencia, lo que facilita que si existe algún problema de cableado en el sistema de conferencias, no afecte a la zona de presidencia y facilite el seguimiento de la sesión; redundancia de software en los procesadores que admiten hasta 10 programaciones simultáneas en cada procesador de control, lo que facilita que pueda seguir funcionando el control de la instalación aun cuando*

caiga un procesador de control; en la sala polivalente presentan esquema de iluminación y añaden una botonera".

d) Vitel: "la mejora más importante porque influye directamente en la calidad de la solución técnica es que ofrecen realizar el proyecto en una sola fase en lugar de las dos previstas, con lo cual toda la instalación se encuentra a disposición del Parlamento desde el principio, permitiendo las opciones de uso de las tres cabinas de traducción en un único sistema, la utilización de la gestión de asistencia, o los sistemas de votación parlamentaria. Al mismo tiempo se evita que convivan dos instalaciones diferentes de sistemas de conferencia, con lo que desaparece el riesgo de eventuales fallos de conexionado o posibles fallos de fiabilidad durante el año de transición.; añaden patch panel de interconexión de equipamiento como seguridad de la instalación en todos los puntos intermedios; redundancia en el cofre de distribución de vídeo, controlador de cámaras de nivel superior: AW-RP120GJ; añaden funcionalidad del micrófono de ambiente; suministro de lazos de inducción de móviles; suministro de lazos de auriculares estéreo para todos los puestos; añadido el amplificador de lazo de inducción para el salón de plenos; Plan de formación continua lo largo de los años; procesador de control AMX más potente que los presentados por otras proustas (Creston), ya que dispone de más puertos de control; en las salas de distribución y de emisión, mejora de la fuente de alimentación redundante para el cofre de distribución de vídeo".

La heterogeneidad es tal entre las funcionalidades que se consideran mejoras que se llega a comparar un micrófono o auriculares con una botonera y con un esquema de iluminación para la sala polivalente, o con el cierre de huecos para la colocación de luminarias y proyector o con un plan de formación continua a lo largo de los años o la realización del proyecto en una sola fase en lugar de las dos previstas.

Y a este respecto, llama la atención que se valore dentro de este apartado aspectos que constituyen el objeto de otros criterios de valoración como ocurre con los dos últimos señalados, plan de formación y adelanto de la fase II a la fase I de la instalación, lo que sin duda es revelador de la ausencia de parámetros en la introducción de mejoras por los licitadores en sus ofertas.

Pero si ello sorprende, la sorpresa es mayor, si cabe, cuando se vuelve a motivar dicho adelanto de la ejecución de la instalación desde la fase II a la fase I en la aplicación del subcriterio "Metodología del Trabajo", señalándose en el informe de valoración técnica (página 16) que "Vitel ofrece la realización de toda la instalación en una única fase en lugar de loas

dos previstas en principio. La trascendencia de esta propuesta de cara a satisfacer las necesidades del Parlamento de Navarra es tal que se le otorga la puntuación máxima, pues representa una enorme ventaja respecto a las propuestas del resto de licitadores".

Y también es muestra de la falta de transparencia en la elaboración del PCAP que en la valoración del diseño de sistemas de control propuesto por la empresa BGL, la Mesa de Contratación haga constar (página 13 informe de valoración técnica) que *"El sistema de control cumple con las funcionalidades mínimas requeridas para el salón de plenos y las comisiones. Añaden la funcionalidad de control de la mesa de mezclas, aunque en nuestro caso no añada mucho valor, puesto que siempre en el Pleno habrá un técnico manejando la sala"*, lo que viene a indicar que la licitadora aporta una mejora sobre la que no tenía la referencia que no añadía mucho valor a la entidad contratante porque era desconocedora de los aspectos que debía incentivar en su oferta y cuáles no aportaban un valor añadido a la misma, lo mismo que aconteció respecto de la propuesta formulada por la empresa Vitelsa (página 14 del informe de valoración técnica).

Las consecuencias extraídas también son aplicables a la valoración del criterio mantenimiento, constatándose en la página 20 del informe de valoración técnica que la empresa Vitelsa presenta confusión entre garantía y mantenimiento, cuando se refiere *"Ofrecen el servicio de mantenimiento durante todo el período de garantía, es decir, un total de 6 años. Esto no es valorable en este momento, ya que el contrato de mantenimiento previsto es para dos años, tal y como se establece en el PPTP, período tras el cual se licitará de nuevo dicho servicio"*.

La heterogeneidad también está presente en la valoración de estética de las soluciones propuestas cuando no se tienen en cuenta los mismos aspectos en las valoraciones de todas las ofertas, caso de las cámaras que no se valora en la oferta de Telesonic-Ostiz, ni las unidades de conferencia, o cuando en la oferta de Vitelsa no se valoran las cabinas de prensa o las cámaras; o la mesa de la Presidencia no se valora en la oferta de Telefónica mientras se resalta negativamente en la de BGL que es recta, en la de Vitelsa que incluye un tablero vertical que sirve para dar mayor privacidad y en la de Telesonic-Ostiz, que tiene una cuña de madera a lo largo de toda la mesa que integra todos los sistemas y da más privacidad, aspecto este de la privacidad que no se había reflejado en el PCAP.

Las soluciones de la estética de las canaletas también son diversas: aluminio pulido y mimetizado tipo hormigón visto, pvc, acero inoxidable, o acabados de otros trabajos a elegir, también muestra de la inexistencia de parámetros para la presentación de ofertas y de cómo se iban a valorar.

También la aplicación a las ofertas del criterio formación constituye indicio de la falta de información de la que disponían las empresas para preparar sus ofertas cuando la Mesa de Contratación señala (página 26 informe valoración técnica) que "*(...) Si que hay variedad en cuanto al número de horas ofertado, aunque consideramos que todas ellas son suficientes y cubren nuestras necesidades, y además, la realidad del día a día impide en ocasiones cumplir con lo programado debido a la dificultad de la disponibilidad de nuestro propio personal. Por este motivo, aunque se tiene en cuenta el número de horas ofertado, la valoración no es estrictamente lineal, ya que se considera que en nuestras circunstancias es difícil que se puedan llevar a efecto más de 40 horas de formación una vez finalizada la instalación y antes de la puesta en marcha. Además, por la información facilitada parece que gran parte de la formación planteada, excepto quizás la de de Telesonic-Ostiz y Telefónica se dirige a técnicos con conocimientos de la materia, cuando en el Parlamento no disponemos de personal con este perfil*".

Por tanto, cuando las empresas licitadoras formularon sus ofertas desconocían no sólo la disponibilidad del personal destinatario de la formación, con lo cuál el numero de horas ofertado presenta una disfuncionalidad con el mismo al no resultar viable, sino las necesidades requeridas de formación en función del tipo de personal al que se dirige. Así, la empresa Telefónica dirige la formación a técnicos on-site cuando no hay en el Parlamento y la empresa Telesonic-Ostiz propone tan sólo 11, 75 horas frente al 72 horas, 52 y 44, 50 del resto, y la Mesa de Contratación las considera suficientes y más realistas que el resto a pesar del desfase tan grande existente.

Asimismo, la valoración técnica permite apreciar una confusión entre PPTP y criterios de adjudicación, así en el caso de la valoración de la oferta de BGL respecto de la aplicación del criterio "*Diseño de solución de software Salón de Plenos*", pues la Mesa de Contratación deja referenciado en su informe de valoración técnica (página 14) que la cita empresa no tiene desarrollado el software y que lo harán en el momento de ser adjudicatario y que el presentado de Bosch es idéntico, a lo que se añade que, además, en el caso de que quiera parecerse a lo presentado no podrá realizarse porque trabajando con un sistema de tecnología DIS no es

compatible con aquella marca. Sin embargo, en lugar de excluir a la citada empresa por no incluir en su oferta un requerimiento técnico exigido que ha de ser valorado, señala que "*Ante esta indefinición de la solución propuesta no es posible valorar en este momento su diseño*". Es decir, la exclusión de la oferta se suple con una valoración con 0 puntos.

Lo mismo ocurre con la oferta de Telesonic-Ostiz, que presenta un sistema de Bosch y no es igualmente funcional en su totalidad para la tecnología DIS del sistema que oferta, con lo cuál el proceso de la lista de votaciones que ofertan no se puede realizar, señalando el informe de valoración técnica (página 15) que "*será necesario, por tanto, cambiar el modo de trabajo y la solución planteada por ellos a la hora de realizar el proyecto final. Esto implica que el aspecto final de la solución deberá cambiarse para adecuarse a las necesidades reales*", pese a lo cuál no sólo no se excluye a la citada licitadora del procedimiento de adjudicación, sino que tampoco se valora su oferta en este apartado con 0 puntos. Por contra, inexplicablemente, se le valora con 4 puntos.

En definitiva, de conformidad con lo expuesto, procede concluir que la generalidad, imprecisión y ambigüedad de los criterios de adjudicación examinados se ha compensado mediante la asunción por la Mesa de Contratación, auxiliada por los técnicos especialistas, de la facultad de decidir excediéndose de la potestad discrecional técnica que le ampara como órgano de valoración técnico porque no es el órgano competente para completar, modificar o subsanar lo dispuesto en el PCAP, pues dicha función debe ser realizada por el órgano de contratación antes de la aprobación de los PCAP.

De esta manera, lo que el PCAP ha primado a través de estos criterios de adjudicación examinados es la presentación de ofertas con un alto grado de incertidumbre, con la imposibilidad añadida de comparar objetivamente ofertas que no han sido homogéneas entre si, por lo que la necesaria valoración objetiva ha sido sustituida por una valoración totalmente subjetiva y discrecional que carece de todo soporte jurídico en el PCAP.

A este respecto, la Sentencia TJCE, Sala Quinta, de 25 de abril de 1996 (asunto C-87/94), con cita de la Sentencia TJCE, Sala Sexta, 4 de diciembre de 2003, C-448/01, señala que: "*54 En consecuencia, el procedimiento de comparación de las ofertas debía respetar, en todas sus fases, tanto el principio de igualdad de trato de los licitadores como el de transparencia, para que todos los licitadores dispusieran de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas*"

Por lo señalado, respecto al argumento ofrecido por la entidad contratante sobre el hecho que el 75% de la valoración de la licitación se realiza de forma automática, correspondiendo 70 puntos sobre 100 a la oferta económica, lo que se ajusta plenamente a la realidad, procede señalar que dicho grado de objetivación invocado en modo alguno puede neutralizar la nulidad de pleno derecho de los criterios de adjudicación afectados de indefinición, ambigüedad o falta de definición o de falta de vinculación al objeto del contrato que incumplen los requisitos exigidos legalmente en el artículo 51.1 b) LFCP, por falta de respeto de los principios de transparencia, igualdad y no discriminación en los procedimientos de concurrencia competitiva, consignados tanto en el artículo 21 LFCP como también en el artículo 18 Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, con efecto directo desde el 19 de abril de 2016, lo que ha de llevar a declarar la nulidad de todo el procedimiento de adjudicación en tanto en cuanto no podría declararse la nulidad de alguno de los criterios de adjudicación y mantenerse los restantes.

Dicho de otro modo, es suficiente con que uno sólo de los criterios de adjudicación esté afectado del vicio de nulidad de pleno derecho para acordar la nulidad de todo el PCAP, y en definitiva de todo el procedimiento de adjudicación, sin posibilidad de convalidación alguna; sentido en el que se pronuncia la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 129/2013, de 3 de abril, con base en la jurisprudencia comunitaria (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01 EVN y Wienstrom), "*los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (...). De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión, y "concluye que la normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso (...) se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso"*, lo que conlleva la estimación del motivo de recurso y la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos.

Pero es que, además, debe señalarse que, en este caso, la ponderación atribuida a los criterios declarados nulos es notoriamente superior al margen que ha separado la oferta del recurrente de la del adjudicatario (2,05 puntos), de modo que es evidente que una configuración distinta de los criterios afectados y su consiguiente aplicación podría haber resultado en un adjudicatario diferente. Sin embargo, la nulidad habría existido también aunque no se hubiera dado esta circunstancia, y ello porque se desconoce cuántas habrían sido las ofertas y con qué contenido si, desde un primer momento, los criterios anulados no se hubieran incluido en el procedimiento.

A mayor abundamiento, la imposibilidad de comparación de ofertas carentes de toda homogeneidad impide que la objetivación atribuida a la oferta económica pueda desplegar sus efectos en la medida que toda oferta económica se formula para su correspondiente oferta técnica y, en este caso, las diferentes mejoras y variantes introducidas por las empresas licitadoras en sus ofertas determinan, igualmente, que el precio ofertado no constituya referencia del mismo contenido contractual. Y todo ello sin perjuicio de las facultades de modificación de la oferta adjudicataria atribuidas a la Dirección Facultativa para su adaptación a las necesidades de la entidad local, que viene a convertir en la licitación en una selección puramente formal sin posibilidades reales de determinar qué ventajas tiene la oferta seleccionada frente a sus competidoras, ni conocer de antemano cómo es realmente la oferta que se va a ejecutar.

DUODÉCIMO.- La parte reclamante afirma tener dudas razonables sobre el cumplimiento por parte de los licitadores admitidos de los requisitos mínimos de solvencia exigidos en el PCAP, y añade que la hipotética admisión de empresas que no cumplen con dichos requisitos podría hacer variar la valoración de las proposiciones y la adjudicación del contrato.

En todo caso, la controversia que se plantea no resulta en ningún caso baladí porque la constatación de la falta de un requisito de admisión de las empresas a la licitación ha de conducir inexorablemente, por aplicación del artículo 126.2 d) LFCP, en el sentido demandado por la parte reclamante. En consecuencia, la resolución de la reclamación obliga también a examinar si la adjudicación impugnada se ha ajustado al régimen jurídico de la contratación pública en este aspecto, cuya normativa exige que las personas naturales o jurídicas que pretendan contratar con la administración y su sector público tengan plena capacidad de obrar, dispongan de solvencia económica, financiera, técnica o profesional y no concurran en ellas ninguna causa de prohibición de contratar, tal como resulta del artículo 10 de la LFCP.

Por lo que respecta específicamente al requisito de la solvencia técnica o profesional, el artículo 14.1 LFCP dispone que *“Los licitadores deberán acreditar la solvencia técnica o profesional para la ejecución del contrato, entendiendo por ella la capacitación técnica o profesional para la adecuada ejecución del contrato, bien por disponer de experiencia anterior en contratos similares o por disponer del personal y medios técnicos suficientes. El nivel de solvencia técnica o profesional será específico para cada contrato y su exigencia será adecuada y proporcionada al importe económico del contrato”*.

La aportación de los medios que se exigen para acreditar la solvencia técnica o profesional, tal como se ha señalado por este Tribunal en su Acuerdo 1/2016, de 8 de enero, invocado por la parte reclamante como fundamento de su reclamación, permite verificar que los licitadores disponen de la aptitud necesaria para la ejecución de los contratos y este trámite se corresponde con la fase de admisión de los licitadores, en la que se analizan las cualidades del contratista y se seleccionan las empresas que tienen unas determinadas potencialidades técnicas o profesionales, es decir, unos niveles mínimos de solvencia que permiten considerar que la empresa reúne las condiciones necesarias para ejecutar adecuadamente el objeto contractual.

En cuanto a las formas de acreditar la solvencia técnica o profesional, vienen regulados en el artículo 14.2 LFCP, debiendo el órgano de contratación determinar los que exigirá para el contrato que licite pero siempre entre los recogidos en dicho precepto, que recoge, entre otros los siguientes:

"a) Relación de las obras ejecutadas en el curso de los cinco últimos años, avalada por certificados de buena ejecución de las más importantes donde conste el importe, la fecha y el lugar de ejecución de la obra, con indicación de si se realizaron según las reglas por las que se rige la profesión y si se llevaron normalmente a buen término.

b) Relación de los principales suministros o de los principales servicios efectuados durante los tres últimos años en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado, avalada por cualquier prueba admisible en Derecho.

c) Indicación del personal técnico u organismos técnicos, estén o no integrados en la empresa, y especialmente los responsables del control de la calidad y, cuando se trate de contratos de obras, aquellos de los que disponga el empresario para la ejecución de la obra".

De lo expuesto cabe deducir que el órgano de contratación, al elaborar los pliegos que hayan de regir la licitación de un contrato determinado, deberá determinar y concretar qué medios, de los contemplados en la Ley, va a requerir de las empresas que deseen participar en la

licitación en cuestión, para acreditar que poseen la solvencia necesaria, siempre en relación con el objeto del contrato y, en el momento de efectuar la valoración de la solvencia se deberá atener a los requisitos exigidos en el PCAP por aplicación del principio de igualdad de trato, requisitos regulados en este caso dentro de la documentación general a incluir en el sobre 1 (cláusula 6.1.d):

d) Acreditación de la solvencia técnica o profesional:

- Declaración responsable del licitador en la que se relacionen los principales contratos de características similares (instalación de sistemas de conferencias, audio y vídeo) efectuados desde el año 2010 a la actualidad, indicándose año, cliente e importe. Se establece como exigencia mínima el haber realizado en el referido periodo el suministro, instalación o mantenimiento de un sistema de votación y conferencias en organismos públicos o entidades privadas cuyas características sean equivalentes a las requeridas para el sistema del Parlamento de Navarra.

- Justificantes originales de la realización satisfactoria de al menos una instalación similar, emitidos por los clientes, en el que vendrá señalado asimismo el importe del contrato.

A la vista de la documentación presentada, la Mesa de contratación se reserva el derecho de solicitar a los licitadores la acreditación de dicha solvencia en los términos del artículo 14 de la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos.

- Currículum profesional tanto del responsable del proyecto como del responsable de su ejecución, en el que se detalle su experiencia laboral en proyectos de este tipo, y que deberán cumplir como mínimo los siguientes requisitos:

o El responsable del proyecto tendrá una experiencia de al menos 5 años en la implantación, implementación e integración de sistemas de este tipo. Deberá haber integrado estos sistemas en alguna institución o entidad similar al Parlamento de Navarra (Cortes Generales, Senado, Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, Diputaciones provinciales, entidades locales, o similares), y específicamente, al menos, un sistema de conferencias y votaciones íntegro. Tendrá, además, conocimiento y/o experiencia de los costes de mercado y cálculo presupuestario de los gastos derivados del contrato de suministro y montaje de instalaciones audiovisuales.

o El responsable de ejecución deberá presentar una experiencia de al menos cinco años en la dirección, control y supervisión de trabajos de instalación, implantación, configuración y puesta en marcha del sistema correspondiente (conferencias, votaciones, de audio, de sonido y de vídeo e integración de estos sistemas, así como sistemas de comunicaciones).

- *Declaración responsable del fabricante de los productos ofertados para el sistema de conferencias, acreditando la implantación de al menos 2 instalaciones similares en territorio nacional, indicando año de ejecución y cliente.*

- *Certificación de que el licitador está homologado para la instalación de los productos del sistema de conferencias propuesto por los licitadores, expedida por el fabricante de dichos productos.*

- *En el supuesto de personas jurídicas pertenecientes a un grupo de sociedades, se podrán tener en cuenta, a efectos exclusivamente de la acreditación de la capacidad y solvencia técnica exigida en la presente base, los medios de las otras sociedades pertenecientes al grupo, siempre que el solicitante acredite que tiene efectivamente dichos medios a su disposición y conste su vinculación al resultado de la licitación.*

e) Si la proposición es suscrita por licitadores que participen conjuntamente, se incorporará un documento privado en el que se manifieste la voluntad de concurrencia conjunta, se indique el porcentaje de participación que corresponde a cada uno y se designe un representante o apoderado único con facultades para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones derivadas del contrato hasta la extinción del mismo. El escrito habrá de estar firmado tanto por las diversas empresas concurrentes como por el citado apoderado.

En el caso de existir licitadores que participen conjuntamente, la documentación que se exige en los apartados a, b, y c deberá ser presentada por todos y cada uno de los licitadores que participen.

En el caso de que el contrato fuera adjudicado a esta unión de empresas, deberán estas acreditar la constitución de la misma en escritura pública dentro del plazo otorgado para la formalización del contrato en los términos detallados en la cláusula 12 de este PCAP".

La parte reclamante, particularmente, plantea su divergencia sobre la validez de la acreditación de la UTE adjudicataria, Telesonic-Ostiz, del siguiente requisito de admisión de la empresa a la licitación:

o El responsable de ejecución deberá presentar una experiencia de al menos cinco años en la dirección, control y supervisión de trabajos de instalación, implantación, configuración y puesta en marcha del sistema correspondiente (conferencias, votaciones, de audio, de sonido y de vídeo e integración de estos sistemas, así como sistemas de comunicaciones).

- *Declaración responsable del fabricante de los productos ofertados para el sistema de conferencias, acreditando la implantación de al menos 2 instalaciones similares en territorio nacional, indicando año de ejecución y cliente.*

- Certificación de que el licitador está homologado para la instalación de los productos del sistema de conferencias propuesto por los licitadores, expedida por el fabricante de dichos productos.

Al respecto, la empresa reclamante entiende que los certificados a aportar deben ser del fabricante de los equipos, mientras que la entidad contratante opone que la adjudicataria presentó los certificados expedidos por la empresa que ostenta la representación en España de la empresa fabricante de la marca DIS, como distribuidor único y exclusivo para los mercados de España y Portugal, que es la que ofrece Telesonic-Ostiz para el sistema de conferencias. Y como tal, añade que es dicha empresa que ostenta la distribución es la única autorizada en nuestro país para impartir la formación necesaria para la instalación de los equipos de dicha marca y la única autorizada para homologar a los instaladores de estos productos. Es decir, concluye que cualquier licitador que incluya en su propuesta técnica los productos de la marca DIS para su instalación en España, debería forzosamente contar con la homologación emitida por dicha empresa, pues es la que otorga las certificaciones por cuenta de la fabricante, y no esta directamente.

Dicho requisito, afectaba, además, a otra de las empresas licitadoras, BGL, quien también fue admitida a la licitación en la aplicación del citado criterio, sin perjuicio de lo cual, en el caso de no haberse entendido suficiente por la Mesa de Contratación la acreditación requerida, no procedía la exclusión directa sino la cumplimentación de un requerimiento de subsanación, que no se consideró necesario.

Pues bien, en dicha tesitura, se explica que habiéndose presentado dos marcas comerciales distintas de sistemas de conferencias, cada fabricante tiene un modo de comercializar, haciéndolo uno a través de filiales propias y otro mediante acuerdos de colaboración en el mercado, que es el caso de las empresas licitadoras que presentaron certificados emitidos por el distribuidor único y exclusivo de la marca para los mercados de España y Portugal, lo que ha de llevar necesariamente a considerar correctamente acreditada la solvencia cuestionada porque, de otro modo, se estaría concluyendo una limitación de la libertad de las empresas para organizar su sistema comercial, algo vedado a la entidad contratante.

Por dicha razón, asiste razón a la entidad contratante que ha operado adaptando el requisito de admisión exigido en el PCAP a la realidad comercial de la marca afectada, sin

necesidad de requerir una subsanación que por ser imposible de cumplimentar equivaldría a una exclusión con vulneración del principio de libre acceso a la licitación.

Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, lo cierto es que el citado requisito regulado en el PCAP de exigencia de que los productos ofertados para el sistema de conferencias forme parte, al menos, de dos instalaciones en territorio nacional, no puede configurarse como un requisito de solvencia en tanto en cuanto no sirve para acreditar la aptitud de las empresas para la correcta prestación del contrato toda vez que no viene referido a las cualidades subjetivas de las empresas licitadoras, que hay que examinar en un momento anterior al examen de las propuestas técnicas, sino a los productos que conforman la propuesta técnica, en la medida que afecta a condiciones de los equipos que conforman los sistemas de conferencias propuestos por los licitadores, tal cómo reconoce la propia entidad reclamante que significa que *"Finalmente, respecto a la cuestión suscitada sobre la falta de acreditación de la solvencia técnica o profesional por parte de las empresas adjudicatarias, se aclara que "La finalidad de dichos requisitos de solvencia técnica o profesional era que los sistemas de conferencias ofertados fueran de una marca que tuviera ya una presencia contrastada en el mercado español (...)"*

Efectivamente, examinando la documentación que al respecto ha conformado el sobre 1 de los distintos licitadores se alcanza tal conclusión porque lo que realmente se acredita es la instalación de los productos de la marca correspondiente pero no la instalación realizado por la empresa que licita y que debe acreditar su experiencia en el suministro e instalación de los equipos que componen los sistemas de conferencias, lo que, en su caso, no hubiera constituido más que un aspecto susceptible de valoración de la oferta técnica más no un requisito a examinar en la fase de selección de los licitadores.

Pero, además, a las objeciones planteadas se añade que la certificación requerida tenía por objeto acreditar la instalación del sistema de conferencias de la marca ofertado en instalaciones similares de territorio nacional, desconociendo así la dimensión comunitaria de una licitación que por su cuantía es superior al umbral comunitaria y ha requerido la publicación de un anuncio en el DOUE, consecuencia de lo cuál únicamente se presentaron cuatro empresas licitadoras que ofrecían únicamente dos únicas marcas de equipos para los sistemas de conferencias.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva

2004/18/CE, ya en su considerando primero nos recuerda que “*La adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Ahora bien, para los contratos públicos por encima de determinado valor, deben elaborarse disposiciones que coordinen los procedimientos de contratación nacionales a fin de asegurar que estos principios tengan un efecto práctico y que la contratación pública se abra a la competencia*”.

La sentencia de 13 de octubre de 2005, asunto C 458 /03, Parking Brixen GMBH), del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pone de relieve la relevancia de los citados principios, en los siguientes términos: “*El artículo 12 CE proclama la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad. Entre las disposiciones del Tratado aplicables más específicamente a las concesiones de servicios públicos cabe destacar, en particular, el artículo 43 CE, cuyo primer párrafo prohíbe las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, y el artículo 49 CE, conforme a cuyo primer párrafo quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los artículos 43 CE y 49 CE constituyen una expresión particular del principio de igualdad de trato (véase la sentencia de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia, C 3/88, Rec. p. 4035, apartado 8). La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad constituye igualmente una expresión específica del principio general de igualdad de trato (véase la sentencia de 8 de octubre 1980, Überschär, 810/79, Rec. p. 2747, apartado 16). En la jurisprudencia relativa a las directivas comunitarias en materia de contratación pública, el Tribunal de Justicia ha precisado que el principio de igualdad de trato de los licitadores tiene por objeto que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas, con independencia de su nacionalidad (véase en este sentido la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C 87/94, Rec. p. I 2043, apartados 33 y 54).*

De ello se deduce que el principio de igualdad de trato de los licitadores es aplicable a las concesiones de servicios públicos aun cuando no exista una discriminación por razón de

nacionalidad. Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación"

En definitiva, el interés europeo del contrato en cuestión resulta absolutamente incompatible con la exigencia que los productos ofertas se correspondan con una marca instalada en España, lo que viene a constituir un obstáculo a la libre prestación de servicios que debe operar en todo el ámbito de la Unión Europea para asegurar que los contratos se abren efectivamente a la libre competencia de los empresarios de los estados miembros que, por resultar también contrario a los citados principios rectores de la contratación pública recogidos en el artículo 21 LFCP y 18 de la Directiva 2014/24/UE, constituye un incumplimiento que no puede merecer otra sanción que la nulidad de pleno derecho, que como se ha dejado constancia a lo largo del presente Acuerdo se caracteriza por ser apreciable tanto de oficio como a instancia de parte, por poder alegarse en cualquier tiempo, incluso aunque el acto administrativo viciado haya adquirido la apariencia de firmeza por haber transcurrido los plazos para recurrirlo, sin sujeción por tanto a plazo de prescripción o caducidad, por producir efectos *ex tunc*, es decir, desde el momento mismo en que el acto tuvo su origen y no desde que la nulidad se dicta y por ser insubsanable aun cuando se cuente con consentimiento del afectado, no resultando posible su convalidación.

DECIMOTERCERO.- Examinados todos los motivos planteados, la estimación de todos y cada uno de ellos ha de conducir inexorablemente a declarar la nulidad de los pliegos del contrato y, en consecuencia, de la resolución de adjudicación y de todo el procedimiento de adjudicación sin posibilidad alguna de convalidación, por vulneración del principio de libre concurrencia y/o de los principios de transparencia e igualdad y no discriminación, recogidos en el artículo 21 LFCP y 18 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, de efecto directo a partir del 19 de abril de 2016.

Y dicho pronunciamiento trae causa del hecho de que la infracción de los principios rectores de la contratación en la licitación impugnada no sólo se ha manifestado en el momento

de la valoración de las ofertas, que ha tenido por objeto ofertas totalmente heterogéneas y absolutamente imposible de comparar entre sí a los efectos pretendidos de seleccionar la oferta más ventajosa a cuyo fin debe dirigirse la licitación, sino en la misma fase de licitación, en la que los licitadores han debido confeccionar sus ofertas, consecuencia de unos pliegos cuyos defectos han producido al tiempo la propia contaminación de la fase de valoración de dichas ofertas.

Por tanto, atribuir a las graves vulneraciones confirmadas por este Tribunal el único efecto demandado por la parte reclamante de declarar la nulidad del acuerdo de adjudicación, basada en la nulidad de los actos previos por nulidad de la valoración realizada por incurrir en arbitrariedad y discriminación a la hora de ponderar dicha oferta, sin base documental mínima exigida en los pliegos contractuales, con base en el principio de conservación contractual, manteniendo la validez de las cláusulas de los pliegos no declaradas nulas, y retrotrayendo de las actuaciones al momento anterior a la valoración de las ofertas, no resulta jurídicamente factible.

Y es así porque no se puede validar un Pliego que contiene cláusulas nulas de pleno derecho en los PCAP y PPTP, primando una interpretación del clausulado del contrato conforme a los principios rectores de la contratación sobre la declaración de nulidad de todo el procedimiento de adjudicación, porque, con carácter general, la anulación de cualquier cláusula de los pliegos equivale, según constante jurisprudencia comunitaria recogida por los órganos de recursos contractuales, como ya se ha referido, a modificar los pliegos que rigen la licitación, obligando a cancelar la licitación porque sería absolutamente imposible volver a realizar una valoración de las ofertas conforme a los pliegos resultantes toda vez que la nueva configuración que resultaría de dicha modificación podría llevar a los licitadores a redactar sus ofertas de modo diferente, pero también a la posibilidad de admitir la participación de nuevos licitadores, particularmente teniendo en cuenta la afectación sufrida por aquellas empresas, especialmente PYMES, afectadas por las restricciones resultantes de la vulneración del principio de libre concurrencia

Pero es que, además, los defectos apreciados por este Tribunal son de tal calado que ni el procedimiento de adjudicación ni los pliegos que lo deben regir como ley del contrato podrían mantener, conforme a una interpretación correctiva del clausulado, los requisitos mínimos que se les demanda en aplicación de la LFCP y demás normativa de aplicación.

De modo recapitulativo, procede recordar que las infracciones legales explicitadas en el cuerpo del presente Acuerdo han afectado a todas las fases de la contratación desde el mismo momento del diseño del contrato, que recordemos no sólo no ha sido dividido en lotes, sin la obligada justificación que debería haberse ofrecido por la entidad contratante, sino que, por contra, ha integrado en un contrato mixto prestaciones heterogéneas que no sólo no componen una unidad funcional, por no poder considerarse directamente complementarias, sino que no se adaptan como licitación conjunta a la magnitud ni a la especialidad de las empresas del sector, que no han podido licitar por obligárseles a hacerlo respecto a todo el objeto del contrato, esto es, a un contrato de suministro que comprende también la instalación y puesta en marcha de las instalaciones, un contrato de mantenimiento por dos años y una asistencia técnica presencial en los Plenos y demás eventos que requiera el Parlamento de Navarra, alcanzándose así la vulneración tanto de los artículos 46 de la Directiva 2014/24/UE como del art. 22 LFCP.

Correlativamente, las prestaciones que conforman el objeto del contrato licitado no están suficientemente determinadas, sin que ello obedezca a ninguna dificultad intrínseca para ello, sino a una deficiente o contradictoria definición de su objeto y de las cláusulas contractuales que las deben identificar, y que a juicio de este Tribunal ha originado dudas no exentas de complejidad en su resolución, a la luz de la necesaria interpretación conjunta de los pliegos de conformidad con la legislación y principios de obligada aplicación.

En primer lugar, las prestaciones combinadas en el contrato adolecen de numerosas indeterminaciones derivadas tanto de la falta de definición de su objeto, como de las sinergias creadas artificiosamente entre ellas, que no sólo afectan a la propia existencia del contrato sino que someten su existencia y el cumplimiento contrato al arbitrio de la parte contratante, con infracción de los artículos 1273 y 1256 Cci y 22.2 y 35 LFCP.

A este respecto, el suministro del equipamiento para los sistemas de audio, videoconferencia y votaciones del Parlamento de Navarra, con reutilización de equipamiento de diversos espacios que no se concreta en los pliegos, impide la delimitación del objeto de dicho suministro porque se desconoce qué equipos de la instalación actual se puede mantener y cuales no, dejando la posibilidad abierta a las empresas licitadoras, con lo cuál resulta que el precio ofertado por cada una de ellas no es susceptible de comparativa al no corresponderse con ofertas técnicas equivalentes.

A lo señalado se une la confusión entre las diferentes prestaciones licitadas y la superposición de las obligaciones que de ellas resultan, particularmente en lo que afecta a la obligación de garantía inserta en dicha prestación de suministro y la prestación del mantenimiento de las instalaciones durante dos años, y a su vez la asistencia técnica presencial en Plenos, lo que viene a suponer una duplicidad que atenta contra el principio de eficiencia y buena administración, consagrado en el artículo 31.2 CE, al no atender a la optimización de la gestión de los recursos públicos, por obligar a pagar varias veces por recibir idéntica prestación.

Asimismo, se concluye la inclusión en el objeto del contrato de nuevas prestaciones no licitadas que encubren modificaciones del objeto del contrato no sujetas al procedimiento legal establecido, y consiguientemente una adjudicación directa, véase la referencia a la lista de proveedores de piezas de recambio en el contrato de mantenimiento o el alquiler de equipos en relación a los eventos que integran la asistencia técnica presencial, así como posiblemente la contratación directa de personal sin sujeción a los principios constitucionales de acceso a la función pública consagrados en los artículos 23 y 103 CE, para la prestación de asistencia técnica presencial al Pleno y en eventos.

Particularmente, ha incidido en la confusión e incongruencias apreciadas en la determinación del objeto del contrato la defectuosa técnica de redacción de los pliegos que ha concluido con la invasión por el PPTP del contenido que la ley ha reservado a los PCAP para la regulación de los derechos y obligaciones que identifican las prestaciones en todos sus aspectos (jurídicos, administrativos y económicos), art. 45 LFCP, procediendo no sólo a modificar su objeto sino a corregirlo, cuando su objeto por imperativo del art. 46 LFCP, viene limitado y concretado a la exclusiva elaboración de las especificaciones técnicas necesarias para la ejecución del contrato, causándose una manifiesta vulneración del principio de transparencia, fruto principalmente de las numerosas confusiones y contradicciones que ha introducido en la licitación.

La deficiente definición en los documentos técnicos de las funcionalidades del equipamiento a ofertar por los licitadores viene unida a la injustificada utilización de marcas y modelos de fabricantes que, aún acompañando el término “equivalente”, no ha mostrado la necesaria discriminación para dar a conocer aquellas que se configuraban como requisitos técnicos mínimos, las que por aportar un valor añadido serían valorables mediante los correspondientes criterios de valoración y las que no tenían ni un efecto ni otro, evidente

vulneración del principio de transparencia, de igualdad y no discriminación, a la vez que el de libre competencia.

Dicha deficiencia se vio compensada ficticiamente en los pliegos con la admisión de variantes cuya regulación no se ha ajustado a los requisitos legales aplicables, propiciándose así la admisión y posterior valoración de todas las ofertas sin exclusión alguna por incumplimiento de las especificaciones técnicas mínimamente exigibles, cuando aquel cumplimiento obligado nunca puede ser valorado ya que es el suelo del que debe partirse en la evaluación de las ofertas y sólo aquellas proposiciones que mejoren los requisitos mínimos fijados en la licitación y/o los aspectos técnicos definidos en el pliego para su valoración podrán recibir puntos.

A partir de dicho incumplimiento, que no afecta únicamente a la oferta de las empresas adjudicatarias presentadas a la licitación bajo forma de UTE, se presenta también una deficiente regulación en el PCAP de los criterios de adjudicación, no sujetos al cumplimiento de los requisitos legales regulados en el artículo 51 LFCP, que no permiten asegurar la precisión de qué aspectos de las ofertas se van a valorar y cómo se van a valorar, y que han dado lugar a la valoración de ofertas heterogéneas no susceptibles de valoración bajo los mismos parámetros y que impide conocer cuáles son las ventajas que tiene la oferta de la empresa adjudicataria frente a las presentadas por el resto de los licitadores, particularmente porque la heterogeneidad de las ofertas presentadas ha impedido una comparación objetiva de las mismas.

Y junto a las anomalías señaladas procede también referir la que afecta a la regulación de la solvencia técnica o profesional de los licitadores, que ha vuelto a incidir en las marcas ya instaladas en España como índice de referencia de la experiencia de las empresas licitadoras, no sólo frustrando así el propio concepto de solvencia cuyo fin es acreditar la aptitud o capacidad de las empresas para el cumplimiento regular de un contrato concreto, sino negando el interés comunitario de una licitación publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea y, en definitiva, la libre competencia y los principios de igualdad y no discriminación para todas las empresas de la Unión.

En esta disyuntiva, asiste razón a la reclamante cuando señala que lo que ha pretendido el Parlamento de Navarra es utilizar el concepto empleado de contratación "llave en mano" para intentar justificar la evidente infracción de los principios de transparencia e igualdad y no discriminación que se ha producido en la valoración de las ofertas y, en consecuencia, en la adjudicación del contrato, empleado como cajón de sastre para subsanar, completar y, en

definitiva, validar ofertas posiblemente incompletas que pudieran no cumplir en todos los aspectos los requisitos técnicos mínimos, de manera que se permitiría completarlas en ejecución de contrato.

Sin embargo, yerra la entidad reclamante cuando atribuye dicha anomalía a la interpretación interesada y viciada de los pliegos que rigen la contratación porque dicha potestad queda avalada por los mismos, tal como ha resultado evidente a la luz de su examen.

Evidentemente, en la línea esgrimida por la empresa "VITELSA", la utilización de la modalidad denominada "llave en mano", no autoriza a una omisión o vulneración de los principios rectores de la contratación pública y menos a la modificación de la oferta de la adjudicataria para su adaptación de las necesidades del Parlamento de Navarra, necesidades que tienen que manifestarse no tras su adjudicación sino en el mismo momento de elaboración de los pliegos, en consonancia con las mismas.

Pero es que, además, el contrato licitado no es el denominado "Proyecto llave en mano", que atribuye a la misma persona, a cambio de un precio a tanto alzado, el diseño y la puesta en marcha de una solución tecnológica integral, sino un contrato de suministro al que se le denomina "llave en mano" por exigir la instalación y la puesta en marcha del equipamiento, en todo caso obligaciones accesorias del equipamiento incardinables en el artículo 4.2 LFCP que no empecen la necesidad de la debida determinación de su objeto y de las determinaciones técnicas que lo identifican, bien como prescripciones técnicas bien como condiciones de ejecución, particularmente en los que a la instalación se refiere, pero que excluye la concepción y el diseño de los sistemas a instalar en las dependencias del Parlamento de Navarra, contratados previamente a la licitación con una empresa de ingeniería especializada obligada a redactar el proyecto y a la elaboración de los documentos técnicos que han regido la licitación, razón por la que en ningún caso, y bajo ningún pretexto, puede justificarse el carácter abierto de las propuestas técnicas de los licitadores y la posterior modificación de la oferta del adjudicatario bajo el argumento de supuestas complejidades técnicas.

Porque si la propia complejidad técnica no va más allá de la propia especialidad del objeto del contrato, la complejidad jurídica no puede demandar procedimientos específicos para su tramitación, caso del diálogo competitivo regulado en el art. 75 LFCP que por su particular complejidad no pueden adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido, por resultar imposible la definición de las soluciones a implantar, caso de contratos de importantes

infraestructuras, de transporte integrado, de redes informáticas de gran tamaño o de proyectos que requieren financiación compleja y estructurada, pero cuya complejidad debe ser motivada especialmente en el expediente o resultar de los documentos contractuales.

En definitiva, este Tribunal entiende que del contenido de los documentos contractuales se deduce que no hay dificultad para describir las soluciones técnicas precisas para satisfacer las necesidades de la entidad contratante en términos de rendimiento o de exigencias funcionales para asegurar la correcta delimitación del objeto contractual, sin necesidad de modificar la oferta adjudicataria y el contrato formalizado en aras de adaptarlo a los intereses de dicha entidad, lo cuál resulta contradictorio porque si la entidad contratante ha tenido en cuenta que no exista ningún imprevisto, no es dable, conforme al artículo 105 LFCP, la posibilidad de modificación del contrato.

Y es que sólo queda por precisar que las deficiencias esgrimidas en la licitación, patentes en los pliegos que la rigen, y en parte asumidas por la entidad contratante, han pretendido ser solventadas desde esos mismos pliegos al prever la posibilidad de introducir con posterioridad a la adjudicación del contrato y con anterioridad a su ejecución un trámite en el que se permite volver a examinar, visar o, en su caso, modificar la oferta que ha resultado adjudicataria respecto de aquellas particularidades o requisitos técnicos que puedan considerarse negativas o no ajustadas a las prescripciones técnicas o incorporen variantes que no resulten admisibles, todo ello según juicio de la denominada dirección facultativa, que vendría así no sólo a suplir las funciones atribuidas legalmente a la Mesa de Contratación, en relación con la valoración de las ofertas técnicas, sino al mismo órgano de contratación que es quien tiene la facultad de modificar el contrato con sujeción estricta a los requisitos regulados en el artículo 105 LFCP.

En definitiva, de la licitación examinada se puede concluir que la selección realizada para la determinación de la oferta más ventajosa ha resultado meramente formal, resultado de una infracción sustancial del procedimiento de adjudicación regulado en la LFCP en garantía del respecto a los principios de contratación pública, que ha culminado en una comparativa de ofertas heterogéneas y no permitiendo conocer cuáles son las ventajas que la oferta adjudicada presenta sobre el resto de las ofertas licitadoras, ni tampoco qué contenido de dicha oferta adjudicada va a resultar ejecutado, al haber quedado sometido el cumplimiento y validez del contrato al arbitrio otorgado al director facultativo cuyas funciones han excedido del simple

asesoramiento técnico a la Mesa de Contratación, a la supervisión de la ejecución, a la verificación de la puesta en marcha y a la certificación final de las obras.

En consideración de todo lo expuesto, de conformidad con los artículos 126.2.a) LFCP, en relación con los artículos 47.1 a) y e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y art. 126.4 LFCP, en relación con los artículos 1256 y 1273 Código Civil, procede declarar la nulidad de pleno derecho del acuerdo de adjudicación impugnado, así, como de todo el procedimiento de adjudicación, sin posibilidad de convalidación alguna.

En consecuencia, previa deliberación, por mayoría, con el voto particular del Presidente del Tribunal, don Javier Martínez Eslava, y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don J.R.S., en nombre y representación de la empresa “VITEL, S.A.”, frente al Acuerdo del Parlamento de Navarra de 26 de abril de 2017, por el que se adjudica el contrato de los trabajos de renovación del sistema de votaciones, audio y vídeo del edificio sede del Parlamento de Navarra, y anular la citada adjudicación y todo el procedimiento de adjudicación, sin posibilidad de convalidación alguna.

2º. Notificar este acuerdo a la reclamante y a los demás interesados que figuren en la documentación del expediente, y acordar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, a 13 de septiembre de 2017. EL PRESIDENTE. Javier Martínez Eslava. LA VOCAL. Ana Román Puerta. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.

VOTO PARTICULAR que formula el Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, don Javier Martínez Eslava, al Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por el que se estima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don J.R.S., en nombre y representación de la empresa “VITEL, S.A.” frente al Acuerdo de la Mesa del Parlamento de Navarra de 26 de abril de 2017, por el que se adjudica el contrato de los trabajos de renovación del sistema de votaciones, audio y vídeo del edificio sede del Parlamento de Navarra

Como manifesté en el momento de la presentación de la reclamación y, posteriormente, durante la deliberación del Acuerdo, disiento de la decisión mayoritariamente adoptada. Dentro del máximo respeto hacia el parecer de mis compañeras del Tribunal, quiero expresar mi discrepancia con su fundamentación jurídica y con el fallo, que sostengo en virtud de los siguientes fundamentos de derecho:

PRIMERO.- Con fecha 8 de mayo de 2017, “VITEL, S.A.” remitió a la dirección de correo electrónico del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra una reclamación en materia de contratación pública frente a la Resolución de la Mesa del Parlamento de Navarra, de fecha 26 de Abril de 2017, por la que se adjudicó el contrato de *“Trabajos de renovación del sistema de votaciones, audio y video del edificio sede del Parlamento de Navarra”*.

Por causas que no han sido acreditadas, dicha reclamación no se formuló a través del cauce telemático normativamente establecido, pese a que se ha constatado que se produjeron varios intentos por parte del reclamante de hacerlo por ese medio.

Respecto a estos intentos de acceso al sistema, el Director del Servicio de Sistemas de Información Corporativos de la Dirección General de Informática, Telecomunicaciones e Innovación Pública del Departamento de Presidencia, Función Pública, Interior y Justicia del Gobierno de Navarra, órgano responsable del Portal de

Contratación de Navarra, según lo determinado en el Decreto Foral 198/2015, de 9 de Septiembre, por el que se establece la estructura orgánica del Departamento de Presidencia, Función Pública, Interior y Justicia, informa lo siguiente:

“- Que la aplicación web internet del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de reclamaciones, cuya dirección es

<https://hacienda.navarra.es/reclamaciones/mtoreclamaciones.aspx>,

utiliza un sistema de control de acceso y representación gestionado por Gobierno de Navarra cuya auditoría ha sido revisada y se ha detectado que el usuario (reclamante) permaneció activo y de forma ininterrumpida en la aplicación desde las 23:25 horas hasta las 23:38 horas del día 8/5/2017, detectándose un total de 17 interacciones con el sistema de control de acceso y representación.

- Que el problema para realizar la presentación de la reclamación por parte del usuario VITEL, S.A el día 8/5/2017 a través de la aplicación web internet del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de reclamaciones, cuya dirección es

<https://hacienda.navarra.es/reclamaciones/mtoreclamaciones.aspx>

encajaría en un problema técnico de configuración de la máquina del usuario (navegador de Internet, J... -un lenguaje de programación concreto-, vista de compatibilidad...), ya que dependiendo de los navegadores de Internet utilizados por los usuarios y de sus versiones, en determinados casos es necesario realizar diferentes acciones por parte del usuario sobre su navegador de Internet para que el canal de envío seguro, utilizado por la aplicación web de Presentación de reclamaciones funcione correctamente.

En resumen, los sistemas que soportan la aplicación web del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de Reclamaciones han funcionado correctamente en el periodo comprendido entre las 23:25 horas y las 23:38 horas del día 7/4/2017 (se aprecia aquí un error en la fecha), habiendo de tenerse en cuenta, en todo caso, que los sistemas telemáticos se ofrecen utilizando diversos componentes tecnológicos y en ocasiones, en función de los navegadores que esté utilizando el usuario y de sus versiones, puede requerir realizar determinadas configuraciones que pueden implicar cierta complejidad

y, al respecto, se ha comprobado que el usuario (reclamante) estuvo intentando realizar el trámite administrativo de forma ininterrumpida, durante el periodo de tiempo citado.”

Es decir, queda acreditado que el reclamante intentó durante trece minutos acceder al sistema de presentación de reclamaciones del Portal de Contratación de Navarra y, al no conseguirlo, desistió y envió la reclamación a una dirección de correo electrónico totalmente ajena al sistema normativamente establecido.

SÉGUNDO.- Dispone el artículo 212.1 de la LFCP que la reclamación en materia de contratación pública se presentará telemáticamente en el Portal de Contratación de Navarra, ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, conforme a las prescripciones que se determinen reglamentariamente.

A estos efectos, el Decreto Foral 236/2007, de 5 de noviembre establece en los apartados 1 y 3 de su artículo 12 que los interesados podrán acceder al Portal de Contratación a través del Portal de Navarra (www.navarra.es) o directamente a través de “www.contrataciones.navarra.es” y que el acceso al Portal se realizará de forma que se garantice un control de la autenticación de los usuarios, aplicando modos de acceso estandarizados con un nivel de seguridad alto e integrable en los sistemas de autenticación de la infraestructura del Gobierno de Navarra. Tras la autenticación se realizará la autorización de los usuarios utilizando, en lo posible, las metodologías implantadas en el Gobierno de Navarra.

El apartado 2 del citado artículo determina que *“El uso del Portal supone la aceptación incondicional de las condiciones de su utilización”*.

Por tanto, de acuerdo con lo señalado en el artículo 212.1 de la LFCP, el único medio válido para la interposición de la reclamación en materia de contratación pública ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra es el cauce telemático establecido en el Portal de Contratación de Navarra. En el citado artículo se fija una vía especial regulada con carácter preceptivo para la tramitación de las reclamaciones, sin que en ningún caso puedan considerarse como una vía alternativa los registros

administrativos, electrónicos u ordinarios, propios del Gobierno de Navarra o ajenos, que sirven de puerta de entrada de documentación para la tramitación en otros procedimientos de impugnación ordinarios, o cualquier otro medio como el correo postal, la mensajería o el correo electrónico. En coherencia con ello, la LFCP establece como causa de inadmisión de la reclamación (artículo 213.3.f), la presentación de la misma fuera del cauce telemático establecido en esta Ley Foral.

Como hemos significado en anteriores acuerdos (por todos el Acuerdo 13/2017, de 22 de marzo) la pretensión de la LFCP es diseñar un procedimiento ágil de recurso frente a las decisiones de las entidades adjudicadoras de contratos públicos. Para ello el legislador navarro ha optado por emplear como instrumento la tramitación enteramente telemática del procedimiento a través del Portal de Contratación de Navarra, no como un derecho, sino como una obligación de los intervinientes en el mismo. Por ello, no cabe admitir opciones sobre la forma de presentación, salvo cuando se acredite que ha existido un error técnico y, consecuentemente, la presentación por otro medio que no sea el cauce electrónico del Portal de Contratación de Navarra debe conllevar ineludiblemente la inadmisión, sin posibilidad alguna de subsanación.

Los restantes tribunales administrativos de recursos en materia de contratación pública, han mantenido una posición unánime al respecto. Sin carácter exhaustivo, así lo confirman la Resolución 232/2012, de 24 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que inadmite por extemporáneo un recurso que se presentó en otro registro y entró extemporáneamente en el registro del Tribunal; la Resolución 105/2013, de 7 de agosto, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía; las Resoluciones 23/2012, de 8 de noviembre, y 26/2012 de 5 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León y el Acuerdo 15/2012, de 27 abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- Como se ha informado por el Director del Servicio de Sistemas de Información Corporativos de la Dirección General de Informática, Telecomunicaciones

e Innovación Pública, el reclamante intentó durante trece minutos acceder al sistema electrónico de reclamaciones sin conseguirlo.

También se ha informado que el problema para realizar la presentación de la reclamación por parte del usuario encajaría en un problema técnico de configuración de la máquina del usuario (navegador de Internet, J... -un lenguaje de programación concreto-, vista de compatibilidad...), ya que dependiendo de los navegadores de Internet utilizados por los usuarios y de sus versiones, en determinados casos es necesario realizar diferentes acciones por parte del usuario sobre su navegador de Internet para que el canal de envío seguro, utilizado por la aplicación web de presentación de reclamaciones funcione correctamente.

Finalmente, el Director del Servicio también informa:

- Que la aplicación web internet del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de reclamaciones, permaneció operativa el día 8/5/2017 desde las 23:25 horas, (momento en el que el reclamante VITEL, S.A inició la presentación telemática de su reclamación) hasta las 23:38 horas (momento en el que el reclamante interrumpió la presentación de la reclamación a través de la aplicación web), ya que en ese periodo no se muestran errores o excepciones que indiquen problemas de infraestructura ni en los servidores WEB ni de Base de datos, en los que se encuentra desplegada dicha aplicación web.
- Que la aplicación web internet del Portal de Contratación de Navarra, Presentación de reclamaciones, utiliza un canal seguro gestionado por Gobierno de Navarra para la incorporación de los documentos aportados por los reclamantes y no hay registrados envíos, ni fallidos ni correctos, para el canal para el usuario VITEL, S.A, CIF= A28872133 el día 8/5/2017.

En nuevo informe del mismo órgano, emitido a requerimiento del Tribunal con fecha 29 de junio, se expresa lo siguiente:

“Los problemas que experimentan en general las empresas no son causados por versiones concretas de los navegadores, o requisitos técnicos que no tiene configurados previamente (esas cuestiones las saben resolver más o menos rápidamente los técnicos de soporte), sino por configuraciones de J... (un lenguaje de programación concreto), que afectan de modo parecido a todos los navegadores (aunque no exactamente de la misma manera, y en cada caso, la forma de solución es diferente).

El problema se centra en la firma mediante certificado. Firmar con certificado implica ejecutar programas en el puesto de trabajo del usuario, aunque a aplicación sea web y sea suficiente con un navegador en general, la firma con certificado (todas las operaciones criptográficas) se basan en leer un certificado que está en el puesto de trabajo, y ejecutar un algoritmo complejo de cifrado; para ello, la tecnología habitual hoy en día es ejecutar un applet de J..., que es una pequeña aplicación que se descarga automáticamente en el puesto y se ejecuta. Desde que O.....(una empresa) se ha hecho cargo de J... (antes lo mantenía la empresa S..., pero O..... compró S.), la seguridad de esta tecnología ha ido cayendo, de modo que muchos virus aprovechan estos mecanismos para propagarse a los puestos de trabajo (y las versiones de J... no responden lo suficientemente rápido a estos problemas de seguridad que se detectan); la respuesta de las empresas propietarias de los navegadores (o de las comunidades en el caso de navegadores de software libre) ha sido la de restringir la ejecución de programas j..., si el puesto de trabajo (el navegador, las versiones de J..., etc.) no está configurado con un nivel de seguridad aceptable. Y como siempre sucede, más seguridad, implica restringir funcionalidad (si no tienes la llave correcta, no puedes abrir la puerta). Por ejemplo, una de las posibles configuraciones es no permitir ejecutar versiones de J... si no son la última (y sale una nueva versión de J... 5-6 veces al año o más).

Por tanto, no es una cuestión técnica sencilla de resumir, ni fácil de actualizar. No es tan simple como versiones concretas de un navegador o de otro, sino configuraciones de seguridad de todo el conjunto, del puesto de trabajo, de las versiones de J... instaladas, y de las configuraciones concretas del navegador en relación a la seguridad y la ejecución de programas (applets) de J... (estas

configuraciones en concepto son parecidas, pero en cada navegador, y a veces según versiones, se hacen de modo diferente).

Es decir, recalco: no es un problema del portal de contratación, que no se haya hecho compatible con determinados navegadores, y por tanto podamos resumir diciendo que con tales navegadores funciona y con otros no; es un problema de seguridad de J..., culpa de O....., que como no es capaz de resolverlo de manera ágil, son los diferentes navegadores quienes protegen a los usuarios siendo muy restrictivos en la ejecución de programas J... y eso dificulta la firma de certificados, que hoy por hoy se basa en esas tecnologías (no en gobierno de Navarra, sino en todo el mundo). A veces se resuelve actualizando a la última versión de J... (que en un puesto de trabajo de una empresa no es trivial, y puede afectar a otras aplicaciones), cambiando configuraciones de los navegadores para permitir ejecuciones (cuando es posible), a veces es necesario hacer ambas cosas en conjunto, y además, lo que hoy te funciona o has arreglado, cambian la versión de J..., o cambia la manera de trabajar del navegador, y mañana te deja de funcionar, y es complejo y costoso encontrar el problema y la solución), pero la solución no suele ser sencilla y rápida de aplicar (y normalmente requiere de que la persona que esté delante del ordenador tenga conocimientos informáticos avanzados, no vale con lo que le diga un operador por teléfono).

En el caso que nos ocupa el reclamante utilizó trece minutos de su tiempo para intentar presentar la reclamación. Después, sin conseguirlo y no por problemas de la aplicación o del sistema general del Portal de Contratación de Navarra sino por problemas generados en su propio equipo informático que, recalcamos, no pudo o supo resolver en el escaso lapso de trece minutos, decidió enviar un mensaje de correo electrónico a una dirección ajena al sistema de reclamación normativamente establecido, adjuntando el escrito de reclamación.

CUARTO.- La reclamación en materia de contratación pública es un medio de impugnación de carácter potestativo y sustitutivo de otros recursos (artículo 210.6 de la LFCP). Por ello, el interesado, a fin de oponerse a una decisión adoptada en un

procedimiento de licitación de un contrato que le excluya de la licitación o perjudique sus expectativas, bien puede optar por uno de los recursos establecidos en la normativa reguladora del procedimiento administrativo (alzada o reposición) o bien puede interponer la reclamación ante este Tribunal, en cuyo caso le estará vedada la interposición simultánea de cualquier otro recurso administrativo basado en el mismo motivo (artículo 210.6 in fine de la LFCP).

Es al interesado a quien corresponde elegir el medio de impugnación que prefiera pero, no obstante, si escoge la reclamación ante este Tribunal, deberá ajustarse al procedimiento establecido ya que, como hemos significado, la norma que regula estos procedimientos (Decreto Foral 236/2007, de 5 de noviembre) determina que el uso del Portal “*supone la aceptación incondicional de las condiciones de su utilización*”.

En consecuencia, si el sistema electrónico de reclamación funciona correctamente, tal y como se regula en la norma, el interesado nunca podrá alegar indefensión si no es capaz o no realiza el esfuerzo técnico o material necesario para utilizar el procedimiento electrónico, teniendo a su disposición, además, los demás medios de impugnación establecidos en el ordenamiento jurídico.

A todo esto se debe añadir que las normas que rigen el acceso a los recursos son de carácter imperativo (de orden público), no disponibles para las partes ni para el órgano que debe resolverlos. El examen de su observancia no está condicionado a la alegación de parte y puede el Tribunal apreciar de oficio la concurrencia de una causa que impida la admisión del recurso (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2005), por lo que es obligado examinar en fase de decisión la pertinencia de la formulación del recurso (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2008).

Finalmente, siendo la regla de la posibilidad de subsanación la que debe presidir todo procedimiento, en un procedimiento especial con una regulación también especial, como es el caso, no resulta de aplicación en este punto la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Todo ello presidido por la especial celeridad perseguida.

Por ello, la reclamación debió ser inadmitida, como también debe ocurrir con cualquier otra que se interponga fuera del cauce telemático dispuesto por la norma (sea en papel, a través de los diversos registros, por correo electrónico, por fax, etc.).

En conclusión, reiterando previamente el profundo respeto que me merece la opinión de mis compañeras del Tribunal, debo manifestar mi oposición al Acuerdo adoptado.